
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 66 | ГОДИНА LII | 2014

**COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ**

Nº 66 | YEAR LII | 2014

НИШ, 2014.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2014.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Слободанка
Константиновић Вилић
Проф. др Драган Чорбић
Проф. др Мирко Живковић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Срђан Голубовић
Проф. др Горан Обрадовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

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

Проф. др Иванова Светлана Анатолевна, декан
Правног факултета Финансијског универзитета
Владе Руске федерације

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног
факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија
Груцина Людмила Јуревна, доктор правних
наука, Катедра грађанског права Финансијског
универзитета Владе Руске федерације

Проф. др Анатолий Капустин, професор
Финансијског универзитета Владе Руске
федерације

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног
факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Селивон Николай Федосович, академик,
председник Међународног трговинског
арбитражног суда при Привредно-индустријској
комори Украјине

Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор
Академије адвокатури и нотаријата Руске
федерације

Секретар Редакционог одбора: доц. др Душица Миладиновић-Стефановић

Преводи: Гордана Игњатовић

Лектура: Милена Јовановић

Технички уредник: Ненад Милошевић

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
NIŠ, 2014

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members
(Faculty of Law):**

Prof. dr Slobodanka
Konstantinović Vilić
Prof. dr Dragan Čorbić
Prof. dr Mirko Živković
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Srđan Golubović
Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International
Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of
Law, Finance University of the Government of the Russian
Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department,
Faculty of Law, Finance University of the Government of the
Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance Univer-
sity of the Government of the Russian Federation, Moscow,
Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of
Buffalo, USA
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the
International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of
Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the
Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian
Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović

Proofreading: Milena Jovanović

Desktop publishing: Nenad Milošević

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

САДРЖАЈ

Уводна реч.....9

І ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ МЕДИЦИНСКО ПРАВО

Јаков РАДИШИЋ

Правна квалификација медицински
неиндикованог хируршког захвата обављеног
на инсистирање пацијента..... 13

Весна ТАТИЋ КЛАЈН

Правичан избор узорка људи као испитаника
биомедицинских и клиничких истраживања..... 29

Душица МИЛАДИНОВИЋ-СТЕФАНОВИЋ

Хемијска кастрација – прихватљиво средство за
спречавање кривичних дела против полне
слободе према малолетним лицима51

Невена ПЕТРУШИЋ, Момчило ГРУБАЧ

Узајамни однос поступка пред Повереником за
заштиту равноправности и других
антидискриминационих поступака..... 69

Саша КНЕЖЕВИЋ

Суђење у одсуству окривљеног..... 89

Предраг ЦВЕТКОВИЋ

Уговорни режим јавно-приватног партнерства: sui
generis карактер као последица холистичког приступа.. 105

Драган ЈОВАШЕВИЋ

Политика сузбијања криминалитета..... 121

Љубица НИКОЛИЋ

Вредновање обичних и повлашћених акција..... 139

Милева АНЂЕЛКОВИЋ

Фискални савети као механизам
успостављања фискалне дисциплине.....161

Срђан ГОЛУБОВИЋ Fiscal Aspects of The European Monetary Integration	181
Небојша РАНЂЕЛОВИЋ, Предраг ЈЕЛЕНКОВИЋ Правна регулатива, историјски и политички аспекти лобирања – Србија и државе у окружењу.....	197
Дејан ЈАНИЋИЈЕВИЋ Садржина арбитражног споразума – факултативни елементи као средство испољавања уговорне слободе ...	207
Сузана МЕДАР Опсег логике у тумачењу права	223
Марија ИГЊАТОВИЋ Еволутивни развој грађанског судског поступка у римском праву	241
Александар МОЈАШЕВИЋ Економска анализа појединих решења из нацрта Закона о посредовању у решавању спорова	257
Дарко ГОЛИЋ Међуопштинске заједнице као полурегионалне (квази)власти	275

II СУДСКА ПРАКСА

Анђелија ТАСИЋ Накнада нематеријалне штете у антидискриминационим парницама– коментар судске одлуке.....	295
---	-----

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Милица ВУЧКОВИЋ Наследноправни положај супружника у праву Србије ..	309
Санда ЂОРАЦ Судски поступак и право детета на изражавање мишљења	325
Иван ИЛИЋ Процесна заштита малолетних жртава зостављања и занемаривања.....	343
Упутство за ауторе.....	361

CONTENTS

Editor's Introductory Note	10
----------------------------------	----

I ARTICLES

IN FOCUS

MEDICAL LAW

Jakov RADIŠIĆ

Legal Qualification of a Medically Indicated
Surgical Procedure Performed upon Patient's Insistence..... 13

Vesna KLAJN -TATIĆ

Equitable Sampling of Participants in Biomedical
Research and Clinical Experiments.....29

Dušica Miladinović-Stefanović

Chemical Castration: It is an Acceptable Solution for
Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors? .. 51

Nevena PETRUŠIĆ, Momčilo GRUBAČ

The Correlation between the Complaint Procedure before
the Commissioner for the Protection of Equality and other
Anti-discrimination Proceedings69

Saša KNEŽEVIĆ

Trial in Absentia89

Predrag CVETKOVIĆ

Contractual Framework of Private-Public Partnership: The sui
generis Nature of PPP as a result of the Holistic Approach ... 105

Dragan JOVAŠEVIĆ

Criminal Policy: Basic Concepts..... 121

Ljubica NIKOLIĆ

Valuation of Common and Preferred Stocks..... 139

Mileva ANĐELKOVIĆ

Fiscal Councils as a Mechanism for
Establishing Fiscal Discipline..... 161

Srđan GOLUBOVIĆ

Fiscal Aspects of the European Monetary Integration 181

Nebojša RANĐELOVIĆ, Predrag JELENKOVIĆ Legal, Historical and Political Aspects of Lobbying in Serbia and the Neighbouring Countries.....	197
Dejan JANIĆIJEVIĆ The Content of Arbitration Agreement: Facultative Elements as an Instrument for Exercising Contractual Freedom	207
Suzana MEDAR The Latitude of Logic in Legal Hermeneutics	223
Marija IGNJATOVIĆ Evolutive Development of Civil Procedure in Roman Law....	241
Aleksandar MOJAŠEVIĆ Economic Analysis of Certain Legal Solutions in the Draft Mediation Act	257
Darko GOLIĆ Inter-municipal Communities as Semi-regional (Quasi) Governments	275

II JUDICIAL PRACTICE

Anđelija TASIĆ Non-pecuniary Damages in Anti-discrimination Disputes: A Commentary on a Judicial Decision	295
--	-----

IV PHD STUDENTS' PAPERS

Milica VUČKOVIĆ Hereditary Position of a Spouse in Serbian Legislation.....	309
Sanda ĆORAC The Right of the Child to Express Opinion in Judicial Proceedings	325
Ivan ILIĆ Procedural Protection of Juvenile Victims of Negligence and Abuse	343
Guidelines for Authors.....	361

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Редакциони одбор Зборника радова Правног факултета у Нишу жели да обавести научну и стручну јавност да је наша периодична публикација, која је категорисана као водећи научни часопис националног значаја (М51), уврштена у EBSCO базу података (<http://www.ebsco.com>), као и да се може претраживати преко електронске базе HeinOnline (<http://heinonline.org/HOL/Welcome>). Часопис је, такође, доступан у интегралном тексту (PDF формат) на интернет страници Правног факултета у Нишу (<http://www.prafak.ni.ac.rs>), а садржај свих бројева може се видети на линку Српског цитатног индекса (<http://scindeks.ceon.rs/issue.aspx?issue=11450>).

Упркос обавезама у рецензентском поступку, техничкој редакцији и коректури радова, задовољство нам је да се број припелих радова значајно повећао, па стога најављујемо већи број свезака за 2014. годину. Нова динамика излажења биће уредно регистрована, а за нас ће то представљати додатни импулс у настојању да садржај часописа обогатимо и унапредимо научним радовима домаћих и страних аутора.

У Нишу, мај, 2014.

*Проф. др Ирена Пејић,
главни и одговорни уредник*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

The Editorial Board of the Collection of Papers of the Law Faculty in Niš would like to notify the scientific and professional public that our periodical has been ranked among the leading scientific journal of national interest (M51) and entered into the EBSCO database (<http://www.ebsco.com>). The journal may be accessed through the HeinOnline electronic journals database (<http://heinonline.org/HOL/Welcome>). The articles are also available (in pdf format) at the Internet webpage of the Law Faculty in Niš (<http://www.prafak.ni.ac.rs>). The content of all previous issues of the Collections of Papers of the Law Faculty in Niš is accessible via the Serbian Citation Index link (<http://scindeks.ceon.rs/issue.aspx?issue=11450>).

Despite ample responsibilities in the peer-review process, technical editing and proofreading, we are delighted that there has been a significant increase in the number of submitted articles. For this reason, we are pleased to announce several issues of the Law Faculty Journal in the year 2014. The Editorial Board will post information on the new publication dynamic, which will be an added impetus in our endeavours to diversify the content and promote the professional rank of this journal by publishing articles of national and foreign scholars alike.

Niš, May 2014

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

ЧЛАНЦИ

**У ФОКУСУ
МЕДИЦИНСКО ПРАВО**

Др Јаков Радишић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу (у пензији)

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 616-089.15:174

Рад примљен: 20.02.2014.

Рад прихваћен: 15.04.2014.

ПРАВНА КВАЛИФИКАЦИЈА МЕДИЦИНСКИ НЕИНДИКОВАНОГ ХИРУРШКОГ ЗАХВАТА ОБАВЉЕНОГ НА ИНСИСТИРАЊЕ ПАЦИЈЕНТА

Апстракт: Легитимни хируршки захват у човеково тело претпоставља три битна услова: 1) медицинску индикацију захвата; 2) пристанак обавештеног пацијента на захват; 3) поступање лекара (хирурга) према правилима струке и пажљиво. Ако неки од тих услова недостаје, хируршки захват има карактер лекарске грешке што повлачи одговорност лекара. То је чврст правни став, који је довољно разјашњен и у нашој домаћој стручној литератури.

Није, међутим, у довољној мери разјашњен однос између медицинске индикације захвата и пацијентовог права на самоодређење у односу на властито тело. У том контексту, намећу се три практична питања. Прво, да ли пацијентово право на самоодређење подразумева и могућност да пацијент учествује у одређивању медицинске индикације поступка за његово лечење, или се то право своди искључиво на овлашћење да пристане или не пристане на оно што му лекар предложи. Друго, може ли пристанак или чак упорно настојање пацијента да оправда хируршки захват у његово тело који није медицински индикуван? При том су могуће две различите ситуације, тј. да је лекар свестан недостатка индикације захвата или да погрешно сматра да индикација постоји. Треће, може ли пацијент, захваљујући своје праву самоодређења, да преузме на себе одговорност за хируршки захват у своје тело који, по мишљењу лекара, није медицински индикуван? Другим речима, може ли се одговорност лекара за медицински захват споразумом између њега и пацијента унапред искључити?

На основу спроведених истраживања, аутор ће закључити да неиндикувани хируршки захват у пацијентово тело представља правно недопустив чин, лекарску грешку, која повлачи одговорност. Ни упорно настојање пацијента да се такав захват обави није у стању

да промени његову противправну природу. Јер лекар има и правну и моралну обавезу да пре било каквог захвата у пацијентово тело постави његову медицинску индикацију. Ако неиндикованим поступком нанесе штету пацијентовом здрављу, следује му одговорност која се, по правилу, не може унапред ни споразумно искључити.

Кључне речи: Медицинска индикација, пристанак пацијента на медицинску меру, лекарска грешка, одговорност.

1. Појам и границе медицинске индикације

Допуштен захват у човечије тело претпоставља неки разуман разлог или циљ. И управо тај разлог што изискује или налаже предузимање захвата као целисходне (подесне) мере за постизање жељеног циља, назива се његовом индикацијом. Захват је медицински индикован ако је његов циљ постављање дијагнозе неке болсти, лечење или ублажавање патњи, и ако је пацијет у стању да га поднесе (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Кратко речено, медицински је индикован сваки захват који је у интересу здравља оног лица на коме се обавља.

Пре него што пацијенту предложи одређену терапију, лекар је дужан да постави њену медицинску индикацију, а постављање индикације чини непосредни, саставни део дијагностике. С обзиром на развој медицине, пре свега у области операција, постављање индикације претрпело је знатну промену. Са сваком новом оперативном техником намеће се изнова и питање индикације (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). По своме карактеру, индикација може бити апсолутна или релативна. Апсолутна индикација постоји у ситуацијама које изискују хитно предузимање одређене медицинске мере ради одржавања живота пацијентовог, као што је, на пример, случај код јаког крварења или претећег гушења (Bünte, 1985: 21). Насупрот томе, стоје апсолутне контраиндикације које не допуштају никакав хируршки захват под наркозом, јер га пацијент може само изузетно да издржи. Такав је, на пример, случај са болесницима који су претрпели снажан инфаркт. Између ове две крајности стоји релативна индикација која се везује за захвате који се не морају одмах предузети (Bünte, 1985: 21).

Границе медицинске индикације проистичу из објективних и субјективних фактора конкретног пацијента, али општеважећих норми о томе нема (Bünte, 1985: 21). Одлуку о избору поступка лечења доноси, у крајњој линији, одговорни лекар или конзилијум лекара, заједно са пацијентом. Објективни показатељи за границе индикације су дијагноза и прогноза коју треба поставити за случај да се захват изврши и за случај да он изостане (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 454). Питање индикације је, у исти мах,

и питање одмеравања интереса (Engisch, 1958: 7). Ризик намераваног захвата, тежина, изглед на успех и циљ који се жели постићи, треба да буду у прикладном и разумном односу. Зна се, на пример, да извесни оперативни захвати изазивају код пацијента стање које води ка новим тегобама, али су оне од мањег значаја према основној болести. Такав је случај кад се одстрањује цео желудац пацијентов који је захваћен карциномом (Bunte, 1985: 20).

Водећи рачуна о субјективним факторима пацијента, лекар треба да утврди да ли је пацијент подесан за одређену терапијску меру или операцију. Подесним се сматра онај пацијент за кога је, после брижљивог клиничког испитивања, утврђено да је физички у стању да одговарајући захват издржи. Али подесност подразумева и очекивање или надање да се одређеном терапијском мером болест пацијентова излечи или барем ублажи. Ако се код намераване операције вероватан терапијски успех не може очекивати, лекар треба да се ограничи на конзервативни начин лечења или на ублажавање патњи (тзв. палијативно лечење) (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453).

Раније је важило правило „никакав захват без постављања одговарајуће медицинске индикације“. Данас се, међутим, обављају и захвати код којих постављање медицинске индикације потпуно изостаје, као што је, на пример, случај код козметичких операција или операција код којих се индикација своди на психолошке разлоге (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Последњих година све је већи број лекарских захвата који нису медицински индиковани, као што су, на пример, пренатална дијагностика, анализа генома, инсеминација, вештачко оплођење *in vitro* и трансфер ембриона (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 454). Међутим, даље излагање биће ограничено на захвате код којих је медицинска индикација битна претпоставка, тј. на захвате који имају терапијски циљ.

2. Медицинска индикација и лекарева слобода терапије

Судска пракса и правна теорија признају начело лекареве слободе терапије (Laufs, 1999: 625-633). Међутим, та слобода није апсолутна, јер право налаже да се примењују само мере које су „у складу са важећом здравственом доктрином и кодексом професионалне етике“.¹ То не значи да је лекар дужан да се држи искључиво владајућег становишта у оквиру званичне медицине, јер могућност избора између више начина лечења представља нужан услов даљег развоја медицинске праксе. С друге стране, примену терапије која

¹ Чл. 169. ст. 1. Закона о здравственој заштити Србије, Службени гласник РС 107/2005, 57/2011

је према актуелном стању научних знања оптимална лекар не сме олако одбити; своје уверење да је у конкретном случају боље изабрати другу врсту лечења он мора поткрепити основаним разлозима. Међу те разлоге спада и веровање да је у рукама сваког лекара најбоља она терапија којом он лично најбоље господари, и са којом има највеће искуство (Mertens, 1980: 391). Уколико се, пак, ради о методу или поступку којим потпуно не влада, лекдар је дужан да пацијента упуту компетентном колеги.

Слобода терапије није привилегија лекара, него је право у корист другог, тј. пацијента (Laufs, 1999: 626). Она допушта лекару да изабере оне медицинске мере које су, по његовом уверењу, од највеће могуће користи за пацијента. Као простор за оцену, слобода терапије је потребна ради заштите и пацијента и лекара. Без ње би обојица били потчињени неком прописаном стандарду, који се увек управља према статистичком типу, и из којег не мора ништа непосредно да произађе за конкретан случај (Buchborn, 1993: 330). Статистички стандард квалитета индустријске производње не може се поредити са стандардом у медицинској делатности, јер „не постоји стандардан пацијент, са стандардном болешћу коју би могао да излечи једино стандардни лекар, стандардним поступком (Seidler, 1998: 153, 161).

Срж одговорног избора терапије чини савесно одмеравање користи и ризика оног поступка који долази у обзир, и његово упоређивање са другим признатим поступцима. Ако у обзир долазе више различитих поступака лечења, лекар је, у оквиру своје слободне процене, дужан да се држи „принципа најсигурнијег пута“ (Mertens, 1980: 395). У случају да сви могући поступци обећавају подједнако вероватан успех, треба да изабере терапију која је најмање ризична, а између подједнако ризичних – ону са највећим изгледима на успех. Ипак, није могуће поставити чврсто правило, у смислу да већи ризик треба да буде повезан и са већим изгледом за излечење (Mertens, 1980: 395). Начелно, терапија са високим ризиком долази у обзир само кад је у питању обољење које изазива знатне опасности по здравље и живот пацијента; ако је та опасност мала, сматра се да не би требало користити ризикантну методу лечења (Mertens, 1980: 395). Уз све то, ваља рећи да пацијент има право на оптимално лечење, према најновијим достигнућима медицинске науке и праксе. Но, границе квалитета лечења зависе и од материјалних могућности друштва, односно пацијента.

Према распрострањеном гледишту у правној литератури, слобода терапије може се свести на три елемента. Прво, лекар има сам да одлучи да ли је терапија уопште потребна. Друго, лекар не сме бити принуђен да примени метод или лек који противречи његовој савести. И коначно, лекар има

увек задатак да изабере оне дијагностичке и терапијске методе које му изгледају подесним (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 18).

3. Медицинска индикација и пристанак пацијента на захват

Лекарева слобода избора терапије ограничена је пацијентовим правом самоодређења. Пацијент има право да на предложеној медицинској мери пристане или не пристане, чак и у случају кад се њоме спасава или одржава његов живот.² Пошто правни поредак не допушта лечење противно изричитој вољи пацијента, лекар треба да одустане од медицинског третмана иако је он витално индикован, јер није одлучујућа медицинска индикација начина лечења, него воља пацијента. Само је она у стању да оправда захват у пацијентово тело - *Volent non fit iniuria*.³ То донекле личи на право наручиоца посла код уговора о делу да врши надзор над обављањем посла и да даје упутства посленику.⁴ Као што посленик није потпуно слободан у обављању уговореног посла, није ни лекар у обављању лечења. Друго је, међутим, питање у којој се мери лица за која они раде могу и смеју мешати у њихов рад. У том погледу, постоји извесна разлика међу њима. Посленик ради обично на основу пројекта који му даје наручилац посла, па је с тога логично што га наручилац надзире у току рада. Лекар, међутим, лечи пацијента према сопственом пројекту, па је самим тим и надзор пацијента над лекаровим радом мањи, а зависност од лекара је већа.

Дешава се, понекад, да пацијент дође лекару са властитом дијагнозом своје болести и са предлогом како га треба лечити. Пацијентове представе о терапији коју треба применити формиране су, најчешће, на основу лаичких излагања о медицинским стварима у медијима и лаичких описа терапијских могућности. Те представе могу се у конкретном случају знатно разликовати од лекаревих представа о терапији, нарочито кад је реч о алтернативној медицини. У том случају, лекар не сме заборавити на професионалну обавезу да сам постави медицинску индикацију за своју интервенцију, и да покуша да убеди пацијента која је терапија исправна. Уколико пацијент остане при свом претходно формираном мишљењу, лекар треба да одбије тражену терапију. Јер пристанак пацијента није у стању да замени медицинску индикацију лекаревог поступка. Другим

2 Чл. 17. Закона о правима пацијената Србије (Сл. гласник РС 45/2013)

3 Принудно лечење је допуштено само у изузетним, одређеним случајевима, о којима се у овом раду неће водити рачуна.

4 Вид. чл. 603. Закона о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ 29/1978, 39/1985, 45/1989; Сл. лист СРЈ 31/1993)

речима, пристанак на неиндиковани захват није правно ваљан нити је у складу са начелима лекарске етике. Такав захват има карактер телесне повреде, и пацијент који је на њега пристао није тиме лишен могућности да захтева накнаду штете (Katzenmeier, 2008: 170). То важи и у случају када се ради о лекаревом поступку који није лечећи, уколико је противан добрим обичајима (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 609).

Посебно треба истаћи да пацијентово право самоодређења не сме водити ка терапији из љубазности или због пријатељства. Прописивање лекова и медикација имају се, такође, управљати искључиво према терапеутским захтевима, а не према жељи пацијента (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 609). Коначна одлука о томе која је терапијска мера у конкретном случају медицински индикована мора стајати чврсто у рукама лекара, јер је он једино и одговоран ако је избор терапије погрешан. Пацијентов пристанак на одређени захват у своје тело у стању је да оправда тај захват само уколико је он медицински индикован. Лекар не сме извршити никакав захват који одговара вољи пацијента или пацијентовог заступника, али не одговара правилима лекарске професије. Он се не сме поводити за пацијентовом жељом да се хируршки захват обави, нити без провере прихватити дијагнозу коју је пацијент сам себи поставио. Лекар одговара ако је индикацију за захват утврдио погрешно зато што се ослонио на мишљење пацијента. Наравно, њему следује одговорност и у случају кад је грешка у постављању индикације резултат његове искључиве кривице, али то је друго питање о коме овде није реч.

4. Пристанак пацијента на искључење лекареве одговорности

Пацијентов пристанак на медицински индикован захват не значи једино одрицање од права на заштиту свог телесног интегритета, него и саглашавање са неизбежним ризицима захвата. У ствари, пацијент се тиме унапред одриче од права на обештећење, уколико се неизбежан ризик оствари. Али, ако лекар начини грешку која се могла избећи, и за коју је он одговоран, пацијент је овлашћен да тражи накнаду штете која је последица лекарске грешке, јер на тај ризик он није пристао.

Право на накнаду штете је субјективно право које је појединцима дато у њиховом властитом интересу ради задовољења њихових сопствених потреба (Larenz, 1989: 210). Начелно, ималац субјективног права не мора се њиме користити и може се њега одрећи. То важи у сваком случају кад је лекарска грешка већ начињена и кад је право на накнаду штете због грешке већ настало. Али се поставља питање може ли пацијент унапред да се

одрекне права на обештећење пре започињања лекарског третмана или на самом почетку? Ако се држимо правила облигационог права, рекли бисмо да одрицање унапред од тог права није могуће ако је штета изазвана намерно или крајњом непажњом; за штете проузроковане обичном непажњом, такво одрицање долази у обзир, под условом да оно није проистекло из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна.⁵ Међутим, ваља се одмах запитати да ли то правило пасује за однос лекар – пацијент, јер он није само правни однос, него је и однос нарочитог поверења. Уговорна клаузула о искључењу одговорности, макар само за лаку непажњу, могла би да ослаби поверење пацијента у лекара. Сем тога, однос између лекара и пацијента тиче се заштите живота и здравља, тј. највећих вредности човекових, те би и ово могао бити разлог за сумњу у допустивост клаузула о искључењу одговорности лекара. Но, да видимо шта нам о томе казује искуство неких других земаља.

Немачки и амерички лекари, болнице и центри за рехабилитацију покушавали су раније да наведу своје пацијенте да се унапред одрекну права на накнаду штете обичном непажњом, односно да пристану на ограничење одговорности на намеру и грубу непажњу (Deutsch, 1983: 1351,1352). То су чинили не само помоћу одговарајућих клаузула у општим условима пословања, него и путем појединачних уговора са пацијентима. Судови су, међутим, такве клаузуле, у свим спорним случајевима, проглашавали неважећим, јер су сматрали да су оне противне добрим обичајима, начелу савесности и поштења или начелима јавног поретка (Deutsch, 1983: 1351,1352). Као разлог за вређање добрих обичаја и наведених начела истицали су: монополски положај болница; особеност правних добара као што су живот и здравље; стање нужде пацијента које га тера да затражи лекарску услугу; неједнакост уговорних страна, која омогућује јачој да диктира услове уговора слабијој страни; вређање принципа одговорности припадника лекарске професије и потреба за судском контролом обављања њиховог занимања; могућност да се штета покрије осигурањем за случај одговорности (Deutsch, 1983: 1351,1352).⁶

У међувремену је Савет Европске уније донео Смернице о злоупотребљивим клаузулама у уговорима са потрошачима (5.април 1993. године), чије су одредбе унете у грађанске законике држава чланица. Смернице забрањују искључење и ограничење одговорности за штете због уништења живота, повреда тела или здравља, изазвано нехатним кршењем обавеза од стране корисника општих услова пословања, њихових законских заступника

⁵ Видети чл. 265. Закона о облигационим односима

⁶ Видети и: одлуку Врховног земаљског суда, Stuttgart 7.12.1977 (*Neue Juristische Wochenschrift* 46/1979, 2355-2356)

или лица која им помажу у испуњавању уговорних обавеза.⁷ И пацијент има положај „потрошача“ коме су Смернице намењене. Због типичне зависности болесника од лекара и због својеврсности односа између лекара и пацијента, пристанак пацијента на искључење или ограничење одговорности лекара вреднује се као противан добрим обичајима (Mertens, 1980: 349). Споразум о искључењу одговорности чак и за лаку непажњу остаје без правног дејства. Услов је једино да је штета узрокована поступком који се тиче одржавања живота и здравља пацијентовог, па било да је реч о медицинском третману или о дужности лекара да пацијента обавести о одређеним чињеницама. То важи и по нашем позитивном праву.⁸

Судска пракса и правна теорија указују на разлику између привредне и медицинске делатности, јер се код прве ради о имовинском интересу страна, док се друга односи на најважнија човекова лична добра. И најмања непажња лекара може имати несагледиве последице за пацијента (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 927-928). Сем тога, искључењем имовинске одговорности због непажње обавеза лекара да брижљиво постави дијагнозу и спроведе терапију, остала би санкционисана једино кривичним и сталешким правом, што није у интересу лекарске професије. Јер, у време кад постоји тенденција да се инкриминација лекарске делатности умањи, споразуми о искључењу одговорности довели би до разграђивања санкција грађанског права и до чешће примене кривичноправних санкција. С тога је у општем интересу лекара да се санкције грађанског права задрже, а не да се искључењем одговорности појединаца обављање лекарске делатности препусти кривичном праву. Правници већином сматрају да искључење одговорности, из разлога правне политике, не би било упутно (Deutsch, 1995: 481). Међутим, немачки судови су, у једном специфичном случају, допустили могућност да пацијент, унапред, преузме на себе „све последице“ хируршког захвата који, по мишљењу лекара, није био медицински индикован.⁹

7 Видети §309. тач. 7. немачког Грађанског законика

8 Чл. 31. ст. 2. Закона о правима пацијената Србије

9 Видети пресуду Врховног земаљског суда у Saarbrickenu, наведену у овом Зборнику

5. Случајеви из судске праксе

5.1. Први случај¹⁰

Пацијенткиња је више година патила од сталне и јаке главобоље, чије узроке сва лекарска настојања нису могла да утврде. С тога је своје ординирајућем лекару саопштила намеру да допусти екстракцију свих пломбираних зуба, јер је убеђена да они изазивају њену главобољу. Лекар је тврдио да медицинска индикација за вађење зуба не постоји јер главобољу не изазивају зуби, али пацијенткињу није могао да одврати од њене намере. С тога је њу упутио стоматологу, а њено стање здравља разјаснио му телефонским путем. И стоматолог је закључио да стање зуба у пацијенткиње не може бити узрок њене главобоље, и тај налаз јој је саопштио. Упркос томе, пацијенткиња је и даље истрајавала у својој тежњи за екстракцијом зуба. На њено инститирање, стоматолог је коначно пристао да јој зубе повади, али је вађење ипак одложио за наредни дан. Кад је пацијенткиња, сутрадан, дошла у његову ординацију, извадио јој је само два зуба у горњој и три у доњој вилици, мислећи да ће је одуговлачењем одвратити од вађења преосталих зуба.

После петнаест дана, пацијенткиња је опет дошла у ординацију истог стоматолога. Тада су њени зуби и лобања поново испитани, али опет није утврђен разлог за екстракцију. Пацијенткиња је, међутим, и даље на томе инсистирала. Услед неспоразума, стоматолог је веровао да она жели да повади све своје зубе, док је пацијенткиња мислила само на пломбиране. С тога јој је стоматолог извадио још једанаест зуба, међу којима је било и непломбираних. Тако је цела горња вилица у пацијенткиње остала без зуба, па је зато била принуђена да носи протезе. Међутим, њена главобоља није ишчезла.

На основу пријаве, против стоматолога је покренут кривични поступак због телесне повреде коју је нанео пацијенткињи, па му је нижи суд изрекао казну затвора и новчану казну. Пошто је осуђени уложио ревизију, његов случај је доспео и пред Савезни врховни суд Немачке. Овај Суд одбија ревизију јер сматра да вађење зуба није било медицински индиковано, те да захват који је обавио стоматолог није могао довести до излечења или умањења патњи пацијенткиње. То је, по нахођењу Суда, било јасно и осуђеном, па зато није смео обавити екстракцију зуба иако је пацијенткиња ту меру од њега захтевала. Неиндикована екстракција, и по мишљењу овог Суда, има карактер кривичног дела телесне повреде.

10 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1978, 1206

У образложењу своје пресуде, Савезни врховни суд истиче да дели мишљење нижег суда по коме пацијенткиња није дала пуноважан пристанак на екстракцију зуба, који би могао да оправда повреду њеног телесног интегритета. Њој је недостајала моћ расуђивања коју би морао имати онај ко пристаје на екстракцију зуба. У свом лаичком безумљу, пацијенткиња је инсистирала на дијагнози коју је сама себи поставила. Њено схватање темељило се на незнању и душевном устројству које јој није допуштало да разумно оцени изложене медицинске аргументе лекара. Стога, ни изјављена сагласност са екстракцијом зуба није садржински покрила оне мере што их је осуђени спровео. Према представи пацијенткиње, радило се о терапијском захвату и она је пристала на такав захват. Међутим, пошто екстракција зуба, у конкретном случају, није имала терапијска својства, пристанак на њу је неважећи. Истина, недостатак медицинске индикације није прећутао ни осуђени, али та чињеница није од правног значаја. Одлучујућа је једино околност да осуђеном није пошло за руком да представу пацијенткиње усклади са реалистичком медицинском проценом. Та околност требало је да натера осуђеног као лекара да одустане од екстракције зуба. Приговор осуђеног да га непоколебљива представа пацијенткиње ослобађа његових дужности, показује, између осталог, да он своју дужност лекара схвата погрешно.

5.2. Други случај¹¹

Као слободан и овлашћени ветеринар, пацијент је обављао контролни преглед меса у кланицама крупне стоке. Чистећи нож којим се у том послу служио, задобио је убодну рану на унутрашњој страни кажипрста леве руке, величине 0,2 цм. Пола сата доцније (око 18 часова), он је дошао у хируршко одељење болнице и затражио лекарску помоћ. Главни хирург, др Р., завио је пацијенту прст гипсаним завојем и прописао му одређени антибиотик. Пацијент је потом отишао, али је, у 21 час истог дана, поново дошао у хируршко одељење болнице, жалећи се на јак бол и осећај утрнулости прста. Млађи лекар хируршког одељења болнице прегледао је прст пацијентов и променио на њему гипсани завој.

Сутрадан, око пет часова ујутру, пацијент је опет дошао у хируршко одељење болнице. На његово упорно тражење, дежурни лекар је позвао телефоном главног хирурга болнице, који је, за пола часа, стигао на лице места. Њему је пацијент рекао да има појачане болове прста и скренуо му пажњу на округласто сужење базичног зглоба повређеног прста, што,

11 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 12.8.1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999, 871-873

према његовом посебном искуству као лекара ветеринарске медицине, указује на инфекцију бактеријама гасне гангрене из реда клостридија. При томе је са страхом напоменуо да је један његов колега, услед такве инфекције, умро у року од 24 часа, и зато је тражио од главног хирурга да изврши хитну ампутацију повређеног кажипрста. Хирург је рекао да нема посебно искуство са инфекцијама такве врсте, али да, по његовом мишљењу, ампутација прста није потребна. Затим је телефоном позвао колегу из друге болнице, начелника одељења за ручну хирургију, и препоручио пацијенту да разговара са њим о преузимању даљег лечења. Пацијент је одбио тај разговор, рекавши да се не сме више губити у времену него да треба одмах извршити ампутацију прста. Пошто хирург још увек није био спреман на ампутацију, пацијент му је запретио тужбом за накнаду штете због последица пропуштене операције. На крају, пацијент је још изјавио да ће „сам лично сносити све последице ампутације“. На основу те изјаве, и после разговора са пацијентом који је трајао 30-45 минута, хирург је одлучио да изврши ампутацију кажипрста.

Међутим, патолошко-хистолошки преглед после операције није пружио доказ за инфекцију бактеријама гасне гангрене из реда клостридија. Стога, пацијент тужи хирурга и захтева од њега надокнаду штете због ампутације кажипрста. Првостепени суд је одбио тужбени захтев, а жалбу против његове одлуке одбацио је Врховни земаљски суд у Saarbrückenu.

У образложењу пресуде Врховног земаљског суда стоји да тужилац нема право на накнаду штете ни по основу уговора ни по основу деликта, јер се он одрекао унапред тог свог права. Између тужиоца и туженог склопљен је, наиме, уговор којим се одговорност туженог искључује. Суд констатује да је таквим уговором, у начелу, могуће искључити и уговорну и неуговорну одговорност. Међутим, имајући у виду чињеницу да је пацијент упућен на лекара и да између њих постоји својеврстан однос поверења, настанак и садржина уговора о искључењу подлежу строгим захтевима. Пре свега, искључење није могуће путем конклюдентних радњи пацијентових, нити помоћу општих услова пословања. Сем тога, пацијент притиснут нуждом не може се, по сили закона, сагласити са искључењем одговорности лекара, и његов пристанак на то морао би се сматрати неморалним. Уговором између тужиоца и туженог није, међутим, прекршено ни једно од наведених начела, и зато је он пуноважан јер није тужени тражио од тужиоца да пристане на искључење одговорности, него је управо тужилац понудио туженом такав споразум. Другим речима, туженом се не може пребацити да је искористио свој положај лекара и наметнуо тужиоцу одговарајуће решење. Напротив, очигледно је да тужени није био вољан да изврши ампутацију прста тужиочевог. Уговор о искључењу одговорности није, дакле, био противан

добрим обичајима у смислу § 138 Грађанског законика. „Лекар не вређа добре обичаје ако прихвати понуду пацијента о искључењу одговорности за меру лечења коју је, због недостатка индикације, претходно одбио“.

Врховни земаљски суд посебно је ценио чињеницу да је тужилац спољашњи изглед ране на своме прсту протумачио као типичан знак инфекције бактеријама гасне гангрене из реда клостридија, и наводећи случај свога умрлог колеге, указао на смртну опасност тог обољења. Тиме је тужилац, по нахођењу овог суда, напустио своју улогу пацијента и приписао себи компетентност лекара, истичући при том своје преимућство у знању о којем тужени треба да размисли. Ни препоруку туженог да се обрати специјалисти за ручну хирургију тужилац није хтео да следи зато што се ослонио на своје посебно искуство. У ствари, два медицинска експерта борила су се око тога који је медицински метод лечења био у конкретном случају подесан, при чему је тужилац до краја остао мишљења да ампутацију прста треба обавити. Што се тиче супротног медицинског схватања, овај суд сматра да није за осуду радња којом се лекару, од кога се тражи да поступи противно своме лекарском уверењу, гарантује искључење одговорности због оног што ће учинити.

6. Закључак

Медицински неиндикован хируршки захват у тело пацијента треба вредновати као правно недопустив чин. Ни упорно тражење пацијента да лекар такав захват изврши не мења његову противправну природу. Постављање индикације хируршког захвата мора чврсто стајати у рукама лекара, јер то му налажу правила медицинске науке и лекарске етике. Кратко речено, лекар треба да ради само оно што сматра да је исправно. Пацијент, као медицински лаик, није у стању да пристанком преузме на себе ризик неиндикованог хируршког захвата. Он може пуноважно да пристане само на оно што му лекар предложи или одобри јер, као што индикација не може да замени пацијентов пристанак, тако ни пристанак не може да замени индикацију. Обе те ствари представљају нужне услове допуштеног хируршког захвата у човеково тело о којима лекар мора да води рачуна. Недостатак једног од њих повлачи лекареву одговорност.

У начелу, одговорност лекара због неиндикованог хируршког захвата није могуће унапред искључити ни одговарајућим споразумом између њега и пацијента. Изузетак је могућ само кад се ради о пацијенту који има медицинско образовање и који, упркос лекаревом супротном мишљењу, чврсто верује да је хируршки захват који жели индикован. Пошто је и сам медицински стручњак, њему би ваљало допустити да споразумом са

лекаром преузме на себе ризик своје операције. Ако се доцније покаже да је његова процена индикације била погрешна, обављена операција има карактер објективне лекарске грешке, која се може уписати у кривицу пацијенту. Уколико пацијент пренебрегне властиту кривицу и затражи накнаду претрпљене штете, лекар се може бранити и приговором противречног поступања (*venire contra factum proprium*).

Литература

Buchborn, E. (1993). Ärztlichen Standard – Entwicklung – Anwendung. *Medizinrecht*. 4. 328-333

Bünthe, H. (1985). Grenzen der chirurgischen Indikation. *Medizinrecht*. 1. 20-32

Deutsch, E., Spickhoff, A. (2008). *Medizinrecht*. 6. Auflage. Berlin – New York: Springer.

Deutsch, E. (1983). Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten. *Neue Juristische Wochenschrift*. 24. 1351-1354.

Engisch, K. (1958). Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation. Jena.

Katzenmeier, C. (2002). *Arzthaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Larenz, K. (1989). *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 7. Auflage. München: Verlag Beck. C.H.

Laufs, A., Uhlenbruck, W. (2002). *Handbuch des Arztrechts*. 3. Auflage. München : Verlag C.H. Beck.

Laufs, A. (1999). Zur Freiheit des Arztberufs. *Festschrift für Erwin Deutsch, zum 70. Geburtstag*. Köln.

Mertens, H.J. (1980). In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. Halbband. 2. § 823. München.

Seidler, E. (1998). In Wienke, A., Lippert, H.D., Eisenmenger, W., (Hrsg.). *Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung*. Berlin, Heidelberg: Springer - Verlag.

Taupitz, J. (1995) Das Berufsrisiko des Arztes : Entwicklung, Steuerung und Risikominimierung. *Medizinrecht*. 12. 475-482.

Закон о облигационом односима. *Службени лист СФРЈ*. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - *Одлука УСЈ* и 57/1989. *Службени лист СРЈ*. 31/1993 и *Службени лист СЦГ*. 1/2003 - Закон о правима пацијената. *Службени гласник РС*. 45/2013.

Закон о здравственој заштити. *Службени гласник РС*. 107/2005. 72/2009. 88/2010. 99/2010. 57/2011. 119/2012. 45/2013.

Грађански законик Савезне Републике Немачке (*Bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB). Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 12.8.1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999.

Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1978.

Jakov Radišić, LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Kragujevac

Legal Qualification of a Medially Indicated Surgical Procedure Performed upon Patient's Insistence

Summary

In this paper, the author explores the relationship between the medical indications for surgery and the patient's right to self-determination, i.e. the right of a competent adult to make an informed decision about his/her medical treatment. In that context, the author points out to three practical questions. First, does the patient's right to self-determination imply the patient's participation in determining the medical indications for medical treatment, or is it only limited to the patient's authority to consent or not consent to the doctor's proposal? Second, can the patient's consent or insistence justify a surgery which is not medically indicated? Third, does the patient's right to self-determination imply that the patient assumes the risk associated with a surgery which is not medically indicated, thus excluding the doctor's professional responsibility (liability)?

Relying on the legal theory, legislative framework and judicial practice (case law), the author concludes that a surgery which is not medically indicated should be qualified as a wrongful act. The unlawful nature of this act cannot be excluded even by the patient's persistent demands to perform the surgery. The patient's right to self-determination implies only the possibility of accepting or refusing the medical treatment proposed by the doctor. The decision on the medical indication of a surgical procedure must be fully vested with the doctor, who is bound by the the rules of medical science and medical ethics. In other words, a doctor should act in compliance with what he/she considers to be proper. Otherwise, the doctor may be held liable for medical malpractice.

In principle, the doctor's liability for performing a surgery which is not medically indicated cannot be precluded by contracting a relevant doctor-patient agreement. The exception to this rule should be allowed only in cases when the patient is a medical expert who strongly believes that the medical intervention is medically indicated, in spite of the doctor's divergent opinion.

Keywords: medical indication, patient's consent to medical treatment, doctor's mistake, liability.

Др Весна Клајн Татић*
Научни саветник,
Институт друштвених наука у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 303.5:177]:608.1

Рад примљен: 30.01.2014.
Рад прихваћен: 23.03.2014.

ПРАВИЧАН ИЗБОР УЗОРКА ЉУДИ КАО ИСПИТАНИКА БИОМЕДИЦИНСКИХ И КЛИНИЧКИХ ИСТРАЖИВАЊА**

***Апстракт:** Испуњење етичког захтева да избор узорка људи као испитаника истраживања буде правичан претпоставка је за правну допустивост биомедицинских и клиничких истраживања. Стога је циљ овог рада да најпре укаже на то шта подразумева правичан избор узорка људи као испитаника истраживања; друго, да објасни начин на који се испитаници бирају у узорак квантитативних и квалитативних истраживања; треће, да одговори на питање да ли истраживачки узорак треба да одрази разноврсност популације и, да у закључку истакне чињеницу да људи, уопште узев, нису вољни да се одазову позиву да се укључе и да одбијају да сарађују у истраживачким студијама и о препрекама које је медицинска заједница уочила да томе стоје на путу.*

***Кључне речи:** правичан избор, испитаници истраживања, квантитативна и квалитативна истраживања, узорак и узорковање, невољност људи да се укључе у истраживачке студије.*

1. Увод

Истраживачки протокол треба јасно да говори о томе како ће се активностима узорковања избећи принуда када се бирају испитаници који су у зависном односу према истраживачима и њиховим агентима. На пример, студенти, пацијенти, клијенти или запослени могу да буду угрожени, ако њихови степени у школовању, приступи лечењу и другим услугама и пословима зависе од особа које их интервјуишу или од истраживача који их одабирају. Технике узорковања морају да поштују права свих појединаца да одлуче сами да ли хоће добровољно да се укључе

* vkladn@idn.org.rs

** Рад је писан у оквиру пројекта бр. 179023: „Људска права и вредности у биомедицини – Демократизација одлучивања у здравству и имплементација“, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

у истраживање или не. Они не смеју да се осете принуђеним, нити да се боје да ће изгубити неке користи на које иначе имају право ако одлуче да се не укључе. Наставник који бира студента, мора да буде посебно предострожан да обезбеди да одлука студента да се укључи није зависана од суптилних притисака, на пример, оцена или страха од губитка користи од саветовања. Да би се осигурало да се извесне популације не одабирају у узорак само зато што су расположиве, на пример, затвореници или пацијенти у установама за ментално здравље, Национална комисија САД за заштиту људи у биомедицинским и бихевиористичким истраживањима (*U.S. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, 1976) препоручила је приоритете у избору испитаника у узорак истраживања: одрасли пре деце, пословно способни појединци пре пословно неспособних појединаца и неинституционализоване особе пре институционализованих особа. Осим тога, Национални институти здравља САД (*U.S. National Institutes of Health*) објавили су водиче који обавезују истраживаче да бирају и жене и мањине у студије популације, тако да налази истраживања могу да буду од користи за ове групе људи под ризиком болести, обољења или стања које се студира. Најпосле, постоје посебни етички захтеви за избор деце у узорак истраживања. Деца су у зависном односу према одраслима и могу да буду лако манипулисана у школском или клиничком окружењу. Из овог разлога, деца имају право на посебну заштиту као „рањива популација испитаника“, како је одређују федерални прописи САД.¹ Истраживачи треба да предузму сваку меру којом се гарантује да је одлука детета да се укључи у истраживање и добровољна и слободна од принуде, а да одбијање детета да се укључи неће наићи на ма који облик казне. У образовном окружењу, школски службеник или наставник нема никакво овлашћење да даје пристанак на укључивање деце у истраживачке студије. Једино родитељ или законски старатељ може да допусти детету, са дететовим пристанком, да се укључи у истраживачку студију, осим ако укључивање људи у истраживање није искључено правним прописима.

На много начина, узорковање је *увод* у поступак информисаног пристанка и може да има облик летка, новинске рекламе или вербалног општења између чланова студијског тима и потенцијалног испитаника. При томе, сви леци, постери, рекламе, писма, постери на интернету или ма који други материјали узорковања треба да буду везани за протокол истраживања који преиспитује комитет за етику истраживања или, у

1 United States Department of Health and Human Services, *45 Code of Federal Regulations Part 46*, „Protection of Human Subjects/Subpart D: „Additional Protections for Children Involved as Subjects in Research“, (2005): §§ 46.401; 46.404-46.407, from [http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45 cfr 46.htm](http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45%20cfr%2046.htm).

САД, институционално тело за преиспитивање (*Institutional Review Board/IRB*) и морају да буду одобрени пре њихове употребе (Kazerooni, 2001: 993) Ако је неки скуп испитаника истраживања изабран у узорак, онда овај скуп, по теорији узорка, може да пристане на анкетирање или да одбије сарадњу. Веома је важно да се води евиденција сваког одбијања на сарадњу, јер се на основу тога рачуна стопа одговора на основу кога се закључује о успешности спроведене анкете.

Испуњење етичког захтева да избор узорка људи као испитаника истраживања буде правичан, претпоставка је за правну допустивост биомедицинских и клиничких истраживања.² Стога је циљ овог рада да најпре укаже на то шта подразумева правичан избор узорка испитаника истраживања уопште; друго, да објасни начин на који се испитаници бирају у узорак квантитативних и квалитативних истраживања; треће, да одговори на питање да ли истраживачки узорак треба да одрази разноврсност популације и, четврто, да у закључку истакне чињеницу да људи, уопште узев, нису вољни да се одазову позиву да се укључе и да одбијају да сарађују у истраживачким студијама и о препрекама које је медицинска заједница уочила да томе стоје на путу.

2. О правичном избору узорка људи као испитаника истраживања

Избор испитаника истраживања мора да буде правичан. Постоји неколико аспеката овог захтева. С једне стране, правичан избор захтева да научни циљеви студије буду примарна основа за одређивање група и појединаца који ће бити одабрани и уписани, а не фактори који нису у вези са циљевима истраживања, на пример, повлашћеност или рањивост. (*The Belmont Report*, 1979). С друге стране, групе и појединци не треба да буду искључени из прилике да се укључе у истраживање без доброг научног разлога. Важно је да резултати истраживања могу да се уопште (генерализују) за популацију којој ће користити интервенција. Другим речима, поштен избор узорка испитаника изискује да, уколико је могуће, групе и појединци који носе ризике и терете истраживања буду у положају да уживају његове користи. При томе, делотворност не може да буде важнија од поштења у избору испитаника истраживања. На пример, избор испитаника за студију која испитује делотворност нове вакцине против маларије треба да узме у

² За правну допустивост биомедицинских и клиничких истраживања на људима претпоставка је и испуњење још шест етичких захтева. То су: друштвена прихватљивост и научна вредност; научна пуноважност; повољан однос ризика и користи; независно преиспитивање комитета за етику; информисани пристанак и поштовање за потенцијалне и уписане субјекте истраживања. (Клајн Татић, 2012: 53-90).

обзир не само ко ће најбоље да одговори на научно питање већ и да ли ће одабране групе имати користи од вакцине ако се покаже да је делотворна (Ezekiel et al., 2000: 2704-275).

Групе или заједнице које се позивају да буду укључене истраживање треба да се бирају тако да терети и користи од истраживања буду *правично расподељени*. Када се терети и користи расподељују неправедно међу појединцима и групама, критеријум за неједнаку расподелу треба да буде морално оправдан а не арбитраран. Искључивање група или заједница, које могу да имају користи од укључивања у студију, мора да се оправда. Правичност изискује да ниједна група или класа не треба да сноси више од праведног удела у теретима укључивања у истраживање. Слично, ниједна група или заједница не треба да буде лишена правичног удела у користима истраживања, краткотрајним или дуготрајним; такве користи укључују директне користи од укључивања, као и користи од новог знања које ће моћи да пружи истраживачка студија. На пример, чланови рањивих група имају право на приступ користима истраживачких интервенција које се испитују, а које су показале да обећавају терапијске користи за особе које се не сматрају рањивим, нарочито када ниједна супериорна или једнаковредна терапија није на располагању (CIOMS: Guidelines 2002, Водич 12: 53–54/79).

У не тако давној прошлости групе и појединци понекад су одабирани нарочито за истраживања која намећу веће ризике или која не нуде никакву потенцијалну корист јер су ове групе и појединци били „погодни“, или је њихова способност да заштите себе саме била доведене у питање, чак и ако би људи из мање рањивих група могли да задовоље научне захтеве студије. Такође, групе и појединци били су искључивани из укључивања у истраживање из, наводно, добрих разлога. Као последица таквог искључивања информације о дијагнози, превенцији и лечењу болести у таквим групама биле су ограничене. То је резултирало озбиљним класним неправедностима. Ако се информација о лечењу болести сматра корисном, неправедно је да се нека група лиши те користи. Неки документи, као што је *Хелсиншка декларација*, послењи пут ревидирана 2008 (Seul, 2008) и водећи документ Уједињених нација за борбу против сиде (UNAIDS), признају потребу да се исправе ове неправедности уз охрабривање да се одређене групе укључе у основна и примењена биомедицинска истраживања из којих су пре биле искључене.

Као што је неправедно прекомерно искључивање, једнако је неправедно и прекомерно коришћење одређених група као испитаника истраживања. У неким случајевима, такве прекомерне употребе заснивају се на

административној расположивости популације. Истраживачи често налазе да су болнице у којима бораве људи из најнижих друштвено-економских класа погодна места за њихова истраживања. Друге групе могу да буду прекомерно коришћене зато што су згодно расположиве истраживачима, а то могу бити студенти у класи истраживача, корисници установа за дуготрајно лечење, односно збрињавање и потчињени чланови у хијерархији институција. И осиромашене групе се прекомерно користе због своје вољности да служе као испитаници истраживања у замену за релативно малу новчану накнаду. Затвореници се сматају идеалним испитаницима за *прву фазу* студија о лековима,³ јер живе веома дисциплиновано и, у многим случајевима, у условима економског сиромаштва. Не само да одређене групе не треба да буду научно неосновано прекомерно коришћене као испитаници истраживања, већ је неправедно да се прекомерно користе и целокупне заједнице или друштва. То се дешава, по правилу, у земљама или заједницама с недовољно развијеним системом

3 Испитивање нових лекова, медицинских средстава или медицинских третмана одвија се у корацима или фазама. Свака фаза испитивања представља засебно клиничко истраживање и дели се на четири фазе.

У *првој фази* експерименталан лек, медицинско средство или медицински третман примењује се по први пут на човеку. Испитивање се обавља уз учешће малог броја *здравих добровољаца* (од 10-15), а главни му је циљ да утврди *подношљивост, односно безбедност* лека, медицинског средства или медицинског третмана.

У *другој фази* истраживања, испитивање новог лека, медицинског средства или медицинског третмана даје се, по први пут, пацијентима. Лекови се испитују готово искључиво на клиникама и на још увек ограниченом броју пацијената, између 100 и 500 њих. Проверавају се дејства лека на одређене симптоме болести и на саму болест, утврђују се споредна дејства и интеракције са другим лековима.

Трећа фаза испитивања изискује велики број пацијената, обично хиљаду и више. Зато се испитивање спроводи у многим различитим болницама и од стране великог броја лекара практичара као национална или *мултицентрична* клиничка истраживања, тј. истовремено испитивање на више клиника али по јединственом плану (протоколу), да би се добили бржи и сигурнији резултати. Ова фаза траје просечно четири године. Лекари који учествују у огледу настоје, пре свега, да дођу до података о терапијским вредностима испитиваног лека, медицинског средства или медицинског третмана и о његовим споредним дејствима. Са тачке гледишта произвођача, главни циљ ове фазе је да добије довољно информација од довољног броја пацијената за довољно дуг период времена да би добио лиценцу (дозволу) за стављање ново-испитаног лека, медицинског средства или медицинског третмана у промет.

Четврта фаза подразумева контролу и осматрање новог лека, медицинског средства или медицинског третмана после добијања дозволе за његово уношење у промет. Овде је главни циљ да се утврде евентуална нежељена дејства новог лека, медицинског средства или медицинског третмана. Благодареди дуговременом искуству, у овој фази испитивања могу да се добију даља сазнања о терапијским ефектима и здравственом ризику лека, медицинског средства или медицинског третмана. (Клајн Татић, 2012: 109-112).

за заштиту права и добробити људи као испитаника истраживања. Таква прекомерна употреба нарочито је спорна када популације или заједнице које носе терете укључивања у истраживање, највероватније неће уживати у користима новог знања и развијених производа као резултата истраживања (CIOMS: Guidelines, 2002: Водич 3: 24-25/79; Водич 10: 43-46/79; Водич 20: 70-71/79 и Водич 21: 71-72/79). Међутим, иако терети истраживања не треба да падају непропорционално на групе и популације или заједнице које су друштено-економски у неповољном положају, такве групе, популације или заједнице не треба да буду ни категорички искључене из протокола истраживања. На пример, не би био неправедан избор сиромашних људи да служе као испитаници у плану истраживања који упућује на проблеме који преовладавају у тој групи, популацији или заједници, као што је, на пример, неухрањеност. Слична разматрања могу да се примене и на групе људи смештене у установе затвореног или отвореног типа или на оне чија је расположивост истраживачима важна, али из научних разлога а не из разлога административне погодности (CIOMS: Guidelines, 2002: Водич 12: 54-55/79).

3. Начин на који се испитаници бирају у узорак квантитативних и квалитативних истраживања

3.1. Општи поглед

Под *узорком* се подразумева скуп испитаника, третмана и услова под којима се истраживање реализује. С друге стране, под *узорковањем* се подразумева начин селекције испитаника за формирање једног или више узорака испитаника за одређено истраживање. Сви узорци одређују се на основу неке одговарајуће популације (већег скупа људи/ентитета из којег је узорак извучен). Начин узорковања зависи од проблема истраживања и захтева *генерализацију резултата истраживања* на одговарајућу популацију. Другим речима, узорковањем као процесом одабирања јединица људи-испитаника из популације која је истраживачу од интереса и анализом узорка могу да се генерализовани резултати истраживања врате назад и примене на популацију из које је узорак извучен. Без обзира на шта се узорковање односи, увек се намећу следећи проблеми: величина узорка, репрезентативност узорка и реална могућност формирања узорка (Бале, 2003:1).

Могућност извођења генерализације може да се схвати као *екстерна ваљаност спроведеног истраживања*. Екстерна ваљаност је степен истинитости и применљивости резултата и закључака истраживања на друге особе, али на другом месту и у другим временима. Популације су увек

скуп свих испитаника, рецимо, пацијената оболелих од канцера плућа, у некој дефинисаној територији и времену а који имају карактеристике које су од интереса истраживачу. Због проблема око дефинисања популације из које се одабира један или више узорака, потребно је да се уочи разлика између практично недоступне *теоретске популације* и доступне *приступачне популације*. *Теоретска популација* били би, на пример, сви пацијенти оболели од канцера плућа на територији Србије, а *приступачну популацију* чинили би сви пацијенти оболели од канцера плућа на територији Београда. Приступачна популација се још назива *истраживачка* или *студијска популација*. Када се дефинише теоретска и истраживачка популација, потребно је обезбедити попис чланова истраживачке популације. Тај конкретан попис зове се *оквир узорковања* и на основу њега може да се на више начина сачини један или више узорака испитаника за планирано истраживање (Бале, 2003:1-2). Могућност уопштавања у потпуности зависи од адекватног поступка избора узорка (Thomson, 1999:1/4).

3.2. Основне карактеристике и разлике између квантитативних и квалитативних истраживања

Начин на који се испитаници бирају у узорак разликује се зависно од тога да ли су у питању *квантитативна* или *квалитативна истраживања*, као две широке категорије научних истраживања које се методолошки разликују. Пример квантитативних истраживања су насумично контролисана клиничка истраживања, а основна теорија је пример квалитативног истраживања. Иако су ова два плана истраживања узета као примери, општи принципи могу да се примене на све квантитативне и квалитативне истраживачке планове. Квантитативни и квалитативни истраживачки методи планирани су да добију различите врсте података и различите врсте резултата. Обе врсте истраживања имају своје место у научној заједници и, упркос њихових различитих приступа, могу да се користе да допуне једни друге. На пример, истраживачи могу, најпре, у квалитативној студији да испитују болничке пацијенте да утврде који је лек против бола најпогоднији да се осећају удобније, а онда ће се у квантитативној студији дође до одговора на питање о делотворности лека (Qualitative Vs . Quantitative Research Differences“: 4/6; Sanchez, 2012: 1-2).

Квантитативне студије, каква су клиничка истраживања, обично су заинтересоване, у првом реду, за дејство различитих третмана, као што су лекови и медицинска средства (справе, уређаји). Оне постављају питање да ли је медицински третман А бољи од медицинског третмана Б у односу на крајњи циљ, не пример, односа између стопе умрлих и стопе оболелих од одређене болести, рецимо, канцера плућа. Ови крајњи циљеви

могу да се измере у цифрама; статистичком анализом је онда могуће да се одговори на уопштено истраживачко питање (Allmark, 2004: 2/6). У принципу, закључци до којих се долази кроз квантитативно истраживање специфичнији су и детаљнији од оних до којих се долази кроз квалитативно истраживање. Разлог је у томе што квалитативно истраживање често почиње без посебног циља на уму, док квантитативно истраживање полази од тога да докаже хипотезе. Главна снага квантитативног истраживања је да је оно објективно, систематично и формалистичко, чинећи га лакшим за поређење са сличним студијама и за покушај да се понови. Главна слабост квантитативног истраживања јесте што оно мора да игнорише друге потенцијално важне аспекте питања/проблема да би се усредредило на дејство једне интервенције коју испитује/студира („The Differences in Quantitative & Qualitative Research“: 4/6).

Квалитативне студије истражују статове, понашања и искуства људи и настоје да добију једно продубљено мишљење од испитаника. Пошто су ти ставови, понашања и искуства важни, мали се број људи укључује у истраживање, али контакт са њима траје, по правилу, много дуже. Квалитативна истраживања усредсређена су на социјалне феномене које истраживач покушава да разуме и укључују бројне различите методологије (Sanchez :1/2). Квалитативно истраживање је знатно шире и мање одређено од квантитативног истраживања и ослања се на податке у облику интервјуа, фотографија или, чак, и филмова; сакупља податке који су углавном вербални, пре него нумерички (Allmark, 2004: 2/6). Квалитативно истраживање је скоро увек нетерапијско или, да употребимо језик најскорије ревидиране *Хелсиншке декларације*, нетерапијско истраживање не потврђује ни могућу већу корист ни могућу већу повреду/штету. Отуда, они искључени из таквог истраживања нису лишени користи и, као такви, нису претрпели неправичност („Qualitative Vs. Quantitative Research Differences“, 2/6). Главна предност квалитативног истраживања је његова структурна отвореност која допушта експериментатору да крене од предмета до предмета, усредсређујући се на ма која неуобичајена дешавања која се појаве. Главна слабост квалитативног истраживања јесте што субјективна природа података чини генерализацију тешко изводљивом и што није могуће да се експеримент понови („The Differences in Quantitative & Qualitative Research“: 4/6).

3.3. Начин на који се испитаници бирају у узорак квантитативних истраживања

Случајни узорак, који је карактеристичан за квантитативна истраживања, заснива се на *вероватносним методама* и изводи се по правилима теорије

вероватноће и случајних бројева. Случајни узорак представља основу за највећи део примене статистичких процедура, статистичких анализа и закључака о генерализацији добијених налаза у овој категорији истраживања. Он је и кључни појам у узорковању испитаника клиничких истраживања, на пример. Када се ради о некој коначној популацији, онда сваки члан популације има исту вероватноћу да буде изабран у узорак. Међутим, ако је популација веома велика, бесконачна, узорак ће бити случајан: а) ако је сваки испитаник члан те популације и б) ако је сваки извучени члан те популације извучен независно од свих осталих чланова. (Бале, 2003: 2). Случајно одабирање испитаника може да се изведе на више начина. За клиничко истраживање, као квантитативно истраживање, интересантни су начини који дају: случајни једноставни узорак; случајни систематски узорак; случајни стратификовани узорак и случајни (кластер) узорак (Бале, 2003:3).

Грешка у случајном узорку дешава се у свим узорцима који се заснивају на вероватносним методама и тешко ју је избећи зато што ниједан узорак не може никада потпуно да представи популацију од интереса. Увек ће постојати раскорак између репрезентативности узорка и познате популације или непознатих карактеристика популације. Величина грешке у случајном узорку се, уопште узев, смањује пошто се величина узорка повећава. Успешан случајно изабран узорак изискује довољно велик узорак. Ако је узорак довољно велики, онда разлике у исходу које постоје између група биће откривене статистички; ако је узорак сувише мали, важне разлике могу да се изгубе. Већа величина узорка, више сужава интервал поверења и стога је много прецизнији студирани налаз (Thomson, 1990: 2/4).

3.4. Начин на који се испитаници бирају у узорак квалитативних истраживања

Избор узорка, који је карактеристичан за квалитативна истраживања, заснива се на невероватносним методама узорковања. У овим истраживањима често се користе узорци испитаника који немају подједнаку вероватноћу да буду извучени из популације, односно не формирају се случајним избором. Такав избор испитаника изводи се из различитих разлога и у разне сврхе. Основно је знати да узорци испитаника који нису случајно изведени из основне (теоретске) популације, нису погодни за генерализацију налаза истраживања на већу групу, односно популацију. Међутим, такви узорци могу да се користе за генерализацију или креирање неких специфичних теорија, а могу да се развијају и неки специфични модели. Невероватносне методе узорковања које могу да се користе у

квалитативним истраживањима су следеће: квотни узорак; пригодни узорак; намерни узорак и узорак „снежних грудви“ (Бале, 2003: 5). Питање величине узорка није овде тако важно, али је важно питање укључивања и искључивања из узорка. (Allmark, 2004: 3/4).

4. Да ли истраживачки узорци треба да одразе разноврсност популације?

4.1. Општи поглед

У одредби § 2.2.7. Оквира за управљање истраживањем у здравству и социјалној заштити (*Research Governance Framework/RGF*), који је донело британско Одељење за здравље 2001. године, каже се: „Истраживање и они који га врше треба да поштују различитост људских култура и услова и да узму у пуној мери у обзир у плану истраживања, његовом предузимању и извештавању, етницитет, пол, онеспособљеност, године старости и сексуалну оријентацију. Другим речима, истраживачи треба да узму у обзир мултикултурну природу друштва. Ово је особито важно када количином истраживачких доказа који одражавају разноврсност популације располажу политичари“ (Allmark, 2004: 1/6). Пратећи документ о Правилима управљања за комитете за етику истраживања (*Governance Arrangements for Research Ethics Committees/GAFRECs*), који је донело, такође, британско Одељење за здравље 2001. године, садржи одредбу у § 8.8, према којој „локални комитети за етику истраживања“ (*Local Research Ethics Committees/LRCs*) информишу испитанике истраживања на језику који није енглески, као о „месном (локалном) питању“. Такође се обавезују сви комитети за етику истраживања, и локални (*LRCs*) и мултицентрични (*MRECs*), да се реосигурају у погледу „карактеристика популације из које ће испитаници истраживања бити бирани (које укључују пол, године старости, писменост, културу, економски статус и етничко порекло) и да оправдају ма које одлуке које доносе у овом погледу“ (§ 9.14. *GAFRECs*) (Allmark, 2004: 1/6, fn. br.2). Ове препоруке настале су као резултат спознаје да се етничко порекло у узорцима испитаника истраживања разликује од етничког порекла у општој популацији. Цифре из САД сугеришу да су тамо недовољно представљене групе Афроамериканци и Мексиканци. Слична ситуација је и у Великој Британији: људи по пореклу из Азије и западне Индије недовољно су представљени у узорцима испитаника истраживања; постоје нека истраживања која потврђују ово гледиште (Allmark, 2004: 1/6, fn. br.3-6). Сходно томе, комитети за етику истраживања морали би да тумаче Оквир за управљање истраживањем (*RGF*) о разноврсности популације тако што би се овај документ превео за употребу у местима у

којима висока пропорција популације не говори енглески језик, као први језик. Комитети за етику могли би да поставе и ригорозније захтеве, на пример, да преводиоци буду расположиви за интервјуе са људима из етничких мањина. Комитети би могли да захтевају, такође, посебно циљану популацију, као што су хомосексуалци, да би осигурали да узорак одражава културне разлике.

Међутим, британски правни писац *Allmark* у чланку „Should research samples reflect the diversity of the population?“, доказује да одговор комитета за етику истраживања на захтев из одредбе § 2.2.7. *RGF* треба да буде софистициранији, јер пропорционално представљање различитих група у истраживачким узорцима не доказује правичност. Само искључивање из укључивања у истраживачки узорак није неправедно само по себи. Стваран интерес је да резултати истраживања, из којих су искључене мањине, жене, деца, стари, итд., неће нужно бити неприменљиви на ове групе. То је оно што би било неправично. Према томе, *истински важно питање јесте да ли искључивање из укључивања у узорак истраживања значи уједно и искључивање из користи резултата истраживања* (*Allmark, 2004: 1-2/6*).

Исходишна мисао одредбе § 2.2.7. *RGF* је да је неправично према мањинама, женама, старима или деци да не буду представљени у узорцима истраживања. У овом контексту, „правичност“ се тиче дистрибутивне правде. Идеја дистрибутивне правде је да чланови друштва треба да добију свој правичан удео у теретима и користима истраживања. Да ли је забрињавајуће искључивање из истраживачких узорака? Ово питање може да се подели у два даља питања. Прво, да ли је *просто укључивање* у истраживачки пројекат из којег су искључене мањине, жене, стари, деца, итд., непоштено лишавање користи? Друго, да ли ово искључивање може да води до тога да мањине, жене, стари, деца, итд., буду лишени користи резултата истраживања? У одговору на ова питања корисно је да се испита правичност и користи резултата квантитативних истраживања и правичност и користи резултата квалитативних истраживања.

4.2. Правичност и користи резултата квантитативних истраживања

Прво ћемо испитати дејство третмана лековима код квантитативних истраживања. Лекови се разликују у свом дејству на појединце. Да се они не разликују, не би био потребан широк низ испитивања лекова. Разлике у дејству истог лека на различите људе назива се *полиморфизам*. У принципу, постоје три разлога за полиморфизам.

Први разлог тиче се средине, на пример, разлика у исхрани (као што је присуство много масноћа или премало соли) чине неке лекове ефикаснијима. Други разлог је културни и уско је повезан са првим разлогом. На пример, у неким културама постоје жалбе на третман леком као питања по себи, или у другима постоји вероватно присуство алтернативних медицина, као што је акупунктура, које могу да промене фармакокинезу, итд. Трећи разлог је генетски. Људи наслеђују гене који контролишу метаболизам јетре и то може да резултира или у спором или у брзом метаболисању лекова. Спор метаболизам ће учинити да лек буде мање делотворан и вероватније је да ће лек испољити токсична дејства.

Разлози околине и културе вероватно су само знаци за основни (примарни) узрок. Отуда, када се разлике у дејству третмана заснивају на култури, онда ваља тражити посебно понашање које је узрок ове разлике - на пример, много соли у исхрани негативно утиче на ефикасност антихипертензивних лекова. Када се разлике заснивају на генима, верује се да су сâми гени узрок томе. Из овог разлога, истраживања полиморфизма усредсређују се на генетику као узрок. С друге стране, висок удео разлика у дејствима лекова шире је заснован на расним или етничким поделама. Ово даје основ за мишљење да би било неправично да се етничке и расне групе искључе из узорка популације при истраживању лекова (Allmark, 2004: 2-3/6).

Међутим, овде је потребан опрез. Иако су неки амерички аутори до недавно заговарали став да су расне и етичке разлике засноване на генетици вероватно тачне јер се заснивају на великим разликама у дејствима третмана, већ је сасвим установљено да су генетске разлике између расних група сићушне и да постоје веће разлике унутар расних група него између њих. У случају етничких група, много је вероватније да ће постојати генетска линија од детета до родитеља, од бабе до деде, итд. Као такве, генетске разлике између етничких група много су приметније него генетске разлике између раса. Из тога се закључује да између различитих етничких група постоје извесне генетске разлике. Ипак, етницитет је у већој мери самоперципирање, него што је објективна чињеница. Осим тога, даљи проблем који настаје из закључка да постоје генетске разлике између етничких група јесте како да се људи, на крају, сместе у одређене категорије, на пример, човек окарактерисан као Афро-Карибљанин може да има различито етничко порекло по мајчиној и по очевој линији; може да има једног родитеља који је белац. *H. MeBeth* покушао је да открије разлике између етничких група, али је закључио да су прецизне дефиниције немогуће „због одсуства значајних граница“ (Allmark, 2004: 3/6. fn. br. 20 i fn. br. 21).

С друге стране, на полу заснован полиморфизам сасвим је установљен за неке лекове, на пример алкохол. Не само да неки лекови различито утичу на мушкарце и жене, већ жене могу да испоље полиморфизам током различитих фаза менструалног циклуса, исто као и пре и после менопаузе. Најзад, постоје докази да су године старости фактор у полиморфизму. Различито дејство лекова на децу и старије приметније је него између других група (Allmark, 3/6, fn. br.7; fn. br.8 i fn.br.22).

Са овим чињеницама на уму, враћамо се на одредбу § 2.2.7. *RGF* и на питање како комитети за етику истраживања (*RECs*) и истраживачи треба да одговоре на околност да су разлике у дејству третмана присутне између група, шта год да је разлог. У том контексту, размотрићемо неколико ситуација.

4.2.1. Препознавање истраживања у којима је представљање од значаја

Одредба § 2.2.7. британског Оквира за управљање истраживањем у здравству и социјалној заштити (*RGF*) одабира групе, као што су оне засноване на полу, роду и годинама старости. Од тога, род и године старости вероватно су основе за полиморфизам. Тамо где је вероватно да је разлика у дејству третмана присутна, било би корисно да се у ма ком предлогу истраживања та разлика препозна. Ако би истраживач предузео истраживање о новом анти-епилептичном леку, на пример, о врсти као што је *clonazepam*, онда изгледа вероватно да ће дејство третмана бити различито за оне кинеског или јапанског порекла. У вези с тим, *J. Johnson* каже: „Могуће је да се препознају они лекови који ће највероватније показати разлике у својој фармакокинезици. На пример, лек који се потпуно отклања из бубрега путем филтрације и респирације и није јако везан за плазматичне протеине ... није вероватно да ће испољити расне разлике у својој кинетици“ (Allmark, 2004, 3/6, fn. br.16). Другим речима, обликовање узорка је од интереса, *једино* ако није вероватно да ће постојати разлике у дејству третмана међу појединим групама када се истраживање односи на лек. У супротном, резултати истраживања биће примењени широм свих група без обзира ко су били испитаници у узорку истраживања.

4.2.2. Ако је представљање од значаја, онда је неопходно подесно анализирање подгрупе

Ако постоји основ да се очекују различита дејства третмана између група, онда просто представљање у узорку неће бити довољно. На пример, ако четири узорка укључују 3% етничких група за које се дејство третмана разликује од осталих узорака, онда ће овај резултат бити „прогутан“

обухватним резултатом. У том случају, истраживачу ће бити потребно да анализира посебно подгрупу да би препознао различита дејства третмана. Ово има две значајне последице за комитете за етику истраживања (*RECs*) и за истраживаче. Прва је да ако је комитет за етику истраживања одредио која група мора да буде представљена у клиничком истраживању, онда комитет мора да одреди, такође, да анализа подгрупе мора да се учини или, бар, да подаци морају да буду сакупљени на такав начин да налази подгрупе могу да се испитају у будућности. Ако се инсистира на учествовању подгрупе, то није довољно све док се нешто не учини са резултатима истраживања. Друга значајна последица јесте да удео (пропорција) таквих подгрупа у узорку није важна. Оно што је важно јесте да постоји довољан број извршенх анализа подгрупе. Осим тога, ако је комитет за етику истраживања одредио да се изабере узорак поједине подгрупе, онда би задатак комитета за етику био да осигура да се спроведе нужан/потребан избор узорка. Ово би могло да изискује циљани избор узорка у неким случајевима (Allmark, 2004: 3/6).

4.2.3. Представљање је само делимично локално питање

Одредба § 2.2.7. *RGF* одређује да је представљање мањина локално питање. Стога, истраживач мора да тражи да се прибави превод информације ради добијања информисаног пристанка на учешће у истраживању на језику једне популације која има висок удео у целокупној популацији, на пример, Јужних Азијата. На тај начин, исказује се, у ствари, само површно поштовање према овој мањини. Ако се мањине представљају, то је због могућности да постоје разлике у дејству третмана; ово је, међутим, једно питање науке. *Научна питања нису, и не би требало да се сматрају, као месно/локално питање* (крзив – ВК).

Но, постоји други смисао у коме је разумно да се представљање мањина третира као локално питање. У једној обалсти са високом пропорцијом одређене подгрупе, локални комитет за етику истраживања (*LRC*) не би требало да инсистира на њеном представљању у сваком истраживању, већ само у оним клиничким истраживањима у којима веродостојно може да се очекује да ће подгрупа реаговати различито на лек који се испитује/студира.

С друге стране, представљање није локално питање за, бар, још две групе људи поменуте у одредби § 2.2.7. *RGF*; једна подразумева да су разлике у годинама старости и у роду једнако распоређене широм популације. Исто се не би могло рећи у погледу економског статуса и пола; представљање ових група вероватно је важније за квалитативна истраживања.

4.3. Правичност и користи резултата квалитативних истраживања

Фактори као што су етничко порекло, пол, род и економски положај вероватно су знаци за значајне културне разлике. Ове разлике могу бити од велике важности за квалитативна истраживања/студије о социјалним феноменима. Као такве, ове групе, ако су искључене из квалитативног истраживања, могу бити лишене његових користи.

Искључивање група из квалитативног истраживања које има политичке последице је *prima facie* неправично. Квалитативна истраживања, како је већ било споменуто, нису великог опсега и немају политичке последице по себи. Сваки мали низ студија доприноси једној свеукупној слици. Ова свеобухватна слика биће обмањива, ако су неке од горе наведених група искључене, и водиће ка неправичним политичким одлукама. Мешавина култура у узорку ових истраживања тешко да би био један подесан одговор на овај проблем. Величине узорака у квалитативним истраживањима често су врло мале. Ако се овом дода чињенице да је број култура врло велики, онда је јасно да је такво уговарање тешко изводљиво. Одредба § 2.2.7. *RGF* и не тражи да се тумачи тако као да захтева овакво уговарање. У последњој реченици се само каже: „Особито је важно да је садржина истраживачких доказа који одражавају разноврсност популације на располагању политичарима“. Најбољи начин да се то осигура јесте да се охрабре квалитативна истраживања. У принципу, ако се остави истраживачима квалитативних истраживања да студирају културна, социјална и друштвена питања која буде њихову радозналост, онда ће се садржина истраживачких доказа који одражавају разноврсност популације у већој мери развити.

Но, једна ограда је неопходна. Квалитативно истраживање може да буде и великог обима, на пример, ако влада наручи истраживање о ставовима према донацији органа са намером да измени политику од оне која захтева пристанак рођака до оне о претпостављеном пристанку. Ако су ове препоруке потпуно неприхватљиве за групу која је искључена из узорка овог истраживања, онда би било јачих основа за комитете за етику истраживања да кажу да истраживачи морају да обезбеде да ова група буде културно представљена у узорку у овој врсти квалитативног истраживања.

5. Закључак

Упркос преовлађујућем моралном и правном ставу да *интереси и благостање појединца као испитаника истраживања имају предност у односу на интересе науке и друштва*,⁴ људи нису, уопште узев, вољни да се укључе у истраживања, посебно не у клиничка истраживања. Чак и када је осигуран правичан избор људи као испитаника у узорак истраживања, чему је био посвећен овај рад, још увек постоји отпор код људи да се укључе у клиничка истраживања. Медицинска заједница уочила је неколико препрека које томе стоје на путу:

Прва је препрека недостатак свести о прикладности клиничких истраживања. Неки лекари мисле да ниједно клиничко истраживање не би било прикладно за њихове пацијенте. Други, опет, нису свесни расположивости клиничких истраживања.

Друго, лекари нису вољни да „изгубе контролу“ над лечењем својих пацијената и ако би они морали да упуте пацијенте негде другде да се укључе у истраживање, лекари би пореметили односе са својим пацијентима.

Треће, постоји уверење да је стандардна медицинска терапија најбоља. Неки лекари верују да експериментални медицински третман у клиничком истраживању није толико добар колико је стандардан третман. С друге стране, истраживачима је непријатно да признају да постоји несигурност у погледу тога који је медицински третман бољи у *трећој фази* клиничког испитивања лека или медицинског третмана или медицинског средства.

Четврто, дужина и детаљи истраживачких протокола одвраћају пацијенте од учешћа у клиничким истраживањима. Могућност да ће бити изложени додатним трошковима, иако се они надокнађују, за многе је застрашујућа. Пример за то су људи из нижих друштвено-економских класа друштва и у САД и другде у Европи. С друге стране, у нашој земљи недостају ови подаци. Међутим, нама је познато, као члану етичког одбора у једној београдској здравственој установи, да се клиничка испитивања лекова и медицинских средстава, по правили, међународна и мултицентрична, непрекидно одвијају у тој установи, а да пацијенти-испитаници сâми плаћају за лек

4 Упор. § 6 нове *Хелсиншке декларације*; члан 2 Конвенције о људским правима и биомедицини Савета Европе, из 1997, која је ступила на снагу 1. децембра 2009. године; члан 3 Додатног протокола Конвенције о људским правима и биомедицини Савета Европе, који се тиче биомедицинских истраживања, који је ступио на снагу 1. децембра 2009; члан 3 Унескове Унивезалне декларације о биоетици и људским правима (2005); члан 60, став 1 Закона о лековима и медицинским средствима Србије, *Служени гласник РС*, бр. 30/2010; Јаков Радишић „Биомедицинска истраживања или огледи на човеку“, *Медицинско право*, Универзитет „Унион“ и „Номос“, Београд 2008²: 253–254.

који лекари-истраживачи те установе клинички испитује на њима. Стога, није чудно што лекари-истраживачи нису у стању да укључе у узорак више од шест-седам пацијената као испитаника у испитивање нових лекова.

Пето, према студијском прегледу који је извршило Америчко друштво за клиничку онкологију (*American Society of Clinical Oncology*) 2000. године, најзначајнији разлог због кога се пацијенти не одазивају на позив да се укључе и због кога се не уписују у клиничка истраживања је интензивност папиролошког рада на прикупљању података уопште и у поступку информисаног пристања, посебно. Узорковање и придржавање протокола истраживања сасвим су блиско повезани пошто они изабрани у узорак и уписани морају да се прате до завршетка студије.

Шесто, препреке из угла пацијената укључују: недостатак средстава на страни ограниченог здравственог осигурања пацијента; пацијенти имају страх да буду „заморчићи“; страх да ће добити плацебо⁵ уместо медицинског третмана и страх од непознатог; конфузија у погледу разлике између истраживања и лечења; уверење да су истраживачу важнији циљеви истраживања него добробит пацијента; недовољно поштовање истраживача, што се посебно односи на расне и етничке мањине, жене и старе и, најзад, неповерење у истраживаче у светлу сазнања о ранијим злоупотребама (на пример, Tuskegee студија нелеченог сифилиса, Frank, 2004: 33, fn. br.18).

С друге стране, ако друштво жели да убрза испитивање нових лекова и медицинских третмана и да омогући широку доступност одобрених лекова и медицинских третмана, повећање броја испитаника-пацијената изабраних у узорке и уписаних у клиничка истраживања од врхунске је важности. На питање како да се то постигне, није лако дати одређен одговор, посебно у светлу податка да само 28% људи сматра да су клиничка истраживања у САД етична (Frank, 2004: 35, fn. br.27).

⁵ Плацебо је препарат који садржи фармаколошки неутралну супстанцу, а по облику и изгледу не разликује се ни по чему од новог лека који се испитује, (Радишић, 2008²: 256, фн. бр. 11).

Литература

Allmark, B.P. (2004). „Should research samples reflect the diversity of the population?“, *Journal of Medical Ethics*, 30: 185-189, doi:10.1136/jme.2003.004374, str.1-6, Retrieved 12, July 2012, from <http://jme.bmj.com/content/30/2/185.full>

ASSERT, „Fair Subject Selection“, str.1-2, Retrieved 23, November 2012, from <http://www.assert-statement.org/fairss.html>

Бале, Г. (2003). „Методологија кинезиолошких истраживања“, Факултет физичке културе, Нови Сад, str.1-10, Retrieved 12, December 2012, from www.kinesis.co.yu

Beyea, S, Laslie, N. (1997): “Selecting samples for research studies requires knowledge of the populations of interest“, *AORN Journal*, Oct, str.1-4, Retrieved 17, July 2012, from http://findarticles.com/p/articles/mi_m0FSL/is_n4_v66/ai_19996778

Додатни протокол Конвенције о људским правима и биомедицини Савета Европе, који се тиче биомедицинских истраживања (Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research), Strasbourg, 25 January 2005, entered into force 1 december 2009, Retrieved 10, June 2010, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/195.htm>

Ezekiel E, Wendler, D, Grady, C:(2000). „What Makes Clinical Research Ethical?“ *Journal of American Medical Association/JAMA*, May 24/31, Vol. 283, No.20, str.2701-2711, Retrieved 15, September 2011, from www.jama.com

Frank, G (2004). „Current challenges in Clinical Trial Patient Recruitment and Enrollment“, *SOCRA SOURCE*, February, str.30-38, Retrieved 19, August 2012, from https://www.sorce.org/pdf/200402_Current_Challenges_Recruitment_Enrollment.pdf

Kazerooni, E. (2001). „Population and Sample“, *American Journal of Rengenology*, *AJR*, Vol.177, no. 5, November, str. 993-999, Retrieved 11, July 2012, from <http://www.ajronline.org/content/177/5/993.full>

Клајн Татић, В. (2012). Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа, изд.Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд

Конвенција о људским правима и биомедицини Савета Европе (Convention for the Protection of Human Rights with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine), Oviedo, 4 April

1997, entered into force 1 December 2009, Retrieved 10, Juny 2010, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>

Међународни водичи за биомедицинска истраживања која укључују људе Савета међународних организација медицинских наука (Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS): International Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, Geneve 2002, Retrieved 26, March, 2009, from http://www.cioms.ch/frame_guideline_no_200.htm

The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, U.S. Department of Health, Education and Welfare, The Belmont Report – Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research (1979), Research DHEW Publication No.(OS) 1978-0014, Washington, DC: U.S. Government Printing Office

Пречишћен текст Хелсиншке декларације из 2000, 2002. и 2004. усвојен је у Сеулу 2008. године (WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI. Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, 2000, 2002. и 2004, ДоН 2008), стр.1-13, Retrieved 13 March 2009, from <http://www.archive.org/web/200710272241-23/www.wma.net/e/policy/pdf/17c.pdf>

„Qualitative Vs. Quantitative Research Differences“, стр.2-6, Retrieved 10, October 2012, from http://www.ehow.com/info_8094966_qualitative-vs-quantitative-research-differences.html

Радишић, Ј. (2008). Медицинско право, изд. Универзитет „Унион“ и „Номос“, II прерађено и допуњено издање, Београд

Sanchez, A.: „The difference between qualitative and quantitative research“, стр.1-2, Retrieved 10, October 2012, from <http://e-articles.info/e/a/title/THE-DIFFERENCE-BETWEEN-QUALITATIVE-AND-Q...>

The Differences in Quantitative & Qualitative Research“, стр.4-6, Retrieved 10, October 2012, from http://www.ehow.com/info_7925687_differences-quantitative-qualitative-research.html

Thomson, C. (1990). „If you could just provide me with a sample: examining sampling in qualitative and quantitative research papers“, Evidence Based Nursing, 1999; 2:66-70, doi: 10.1136/ebn.2.3.68, стр.1-4, Retrieved 12, July 2012, from <http://bmj.com/content/2/3/68.full>

Trinity College, „Recruitment + Selection of Subjects“, стр. 1-3, Retrieved 1, August 2013, from <http://www.trin.coll.edu/Academies/dean/research/review/Pages/Recruitment.aspx>

Унескова Унивезална декларација о биоетици и људским правима (2005), изд. „Celab“, Унеско и биоетика, Збирка основних докумената, Center for Ethics and Law in Biomedicine 2008, 20-28

United States Department of Health and Human Services, 45 Code of Federal Regulations Part 46, „Protection of Human Subjects/Subpart D: „Additional Protections for Children Involved as Subjects in Research“ (2005), Retrieved 19, March 2009, from <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45cfr46.htm>

Закон о лековима и медицинским средствима Србије, Службени гласник РС, Бр. 30 (2010)

Vesna Klajn Tatić, LL.D
Senior Research Associate,
Institute of Social Science in Belgrade

Equitable Sampling of Participants in Biomedical Research and Clinical Experiments

Summary

There are several aspects of the requirement to provide for an equitable sampling of research participants. On the one hand, equitable sampling implies that the scientific research objectives shall be the cornerstone for determining the groups and individuals to be selected and included as research participants, rather than some other properties which are unrelated to research objectives (such as the subjects' vulnerability or privileges). On the other hand, groups and individuals should not be denied the opportunity to participate in scientific research without a solid scientific justification. The concept of equitable sampling also implies that groups and individuals that have borne the risks and burden of research should enjoy some benefit from the research. The unjustified and excessive inclusion of certain groups as research participants is equally unfair and inequitable as their unjustified and excessive exclusion from research. In many cases, the excessive inclusion of some groups is often based on the administrative availability of population rather than on the scientific rationale, which is considered unacceptable.

In the British and American law, the sampling of research participants has to be a reflection of the multi-cultural society, which implies taking into account the participants' ethnicity, gender, disability, age and sexual orientation in the process of planning, executing and implementing the research plan. However, literature shows that the exclusion of some groups from participation in the research is not the most important issue in sampling but whether it concurrently implies the exclusion from the benefits stemming from the research results, which would be unfair. In addressing these issues, the literature differentiates between equitable sampling in terms of benefits from a quantitative research and equitable sampling in terms of benefits from a qualitative research. Generally, sampling in the quantitative research is considered to be of interest only if the research is most likely to yield substantial difference in the effects of including a particular group (for example, in case of testing the effects of some medications). Otherwise, the research results will be applied across all groups regardless of who the research participants are. Factors such as ethnicity, sex, gender or economic status are most likely indicators of tangible cultural differences. In case the exclusion of some group from a quantitative research

has some political implications, it is *prima facie* inequitable. In principle, if the researchers in qualitative research are free to study the cultural, social and societal issues that kindle their curiosity, then the population diversity will be more significantly reflected in the the content of research findings.

Keywords: equitable sampling, research participants, samples and sampling, quantitative and qualitative research, refusal to participate and sign in for research studies.

*Др Душица Миладиновић-Стефановић,**
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.851:343.541-053.2/.6

Рад примљен: 31.03.2014.

Рад прихваћен: 30.04.2014.

ХЕМИЈСКА КАСТРАЦИЈА – ПРИХВАТЉИВО СРЕДСТВО ЗА СПРЕЧАВАЊЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ ЛИЦИМА?*

Апстракт: Одговор на сексуално насиље према малолетним лицима у савременим системима кривичног права често подразумева читав низ мера усмерених на контролу осуђених по издржавању казне, чији је циљ смањење ризика од рецидивирања. Међу њима се налази и посебан фармаколошки третман, познатији као хемијска кастрација, којим се индукује супресија сексуалног нагона и тако коригује сексуално недозвољено понашање. Овај рад представља покушај да се размотри најзначајнија правна, а у нужној мери, и медицинска питања везана за поменуту меру.

Кључне речи: сексуално насиље, малолетна лица, хемијска кастрација.

1. Уводне напомене

Механизми кривичноправне заштите малолетних лица од сексуалног насиља постају све сложенији, тако да често не подразумевају само „класично“ инкриминисање неприхватљивих понашања и поштравање предвиђених казни. Висока стопа рецидивизма код ових дела говори о томе да такав приступ није делотворан, те је учињен заокрет ка изналагању

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

ефикасније контроле осуђеника по отпуштању са издржавања казне.¹ Србија је доношењем Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима почела да следи ове тенденције,² предвидевши следеће мере: 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, обавезно обавештавање о путу у иностранство, као и вођење посебне евиденције учинилаца сексуалних кривичних дела према малолетницима.³ Међутим, компаративно право познаје и другачије методе управљања ризиком од рецидивирања (више у Миладиновић-Стефановић, 2013: 337-393), међу којима се налази и тзв. хемијска кастрација. Скупштинска расправа, вођена приликом разматрања Предлога Закона о посебним мерама, открила је да и код нас има заговорника за њено увођење, као што су и поједина емпиријска истраживања показала да је домаћа јавност више него вољна да то подржи (Петковић, Ђорђевић, Балос, 2010: 79). Како су се и неке државе из нашег окружења определиле за њено нормирање (Македонија),⁴ није искључено поновно актуелизовање овог

1 Висока стопа поврата представља део уврежене слике о сексуалним преступницима, мада емпиријска истраживања дају веома различите резултате по овом питању. Тако су Langevin и сарадници закључили да се стопа поврата учинилаца који су дело учинили у оквиру породице креће од 51,1% до 84,2%, док је стопа од 73,3% до 74,1% установљена за оне „ван породичног круга“ (Langevin, Curnoe, Fedoroff, Benett, Langevin, Peever, Pettica, Sandhu, 2004: 545-546). Насупрот томе, по резултатима Soothil-а и сарадника она износи 20% (Soothil, Harman, Francis, Kirby, 2005: 225), а по Patrick-у и Marsh-у је значајно нижа, само 9,2% (Patrick, Marsh, 2009: 126). Све то наводи на закључак да је веома тешко доћи до реалне стопе рецидивизма, и то не само због методолошких проблема, него и због високе тамне бројке (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2009: 145), што је значајно ако се рецидивизам схвати у ширем, криминолошком смислу.

2 *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

3 Примењују се према учиниоцима силовања (чл. 178. ст. 3. и 4. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013); обљубе над немоћним лицем (чл. 179. ст. 2. и 3.); обљубе са дететом (чл. 180.); обљубе злоупотребом положаја (чл. 181.); недозвољених полних радњи (чл. 182.); подвођења и омогућавања вршења полног односа (чл. 183.); посредовања у вршењу проституције (чл. 184. ст. 2.); приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију (чл. 185.); навођења малолетног лица на присуствовање полним радњама (чл. 185а); искоришћавања рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б).

4 Закон за изменување и допуњавање на Кривичниот законик, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 27/2014.

питања, посебно ако Закон о посебним мерама не оправда очекивања. У том смислу, овај рад представља покушај да се детаљније размотре најзначајнија правна, а у нужном обиму, и медицинска питања везана за хемијску кастрацију.

2. Кратак осврт на медицинске аспекте хемијске кастрације (појам, најчешће коришћена фармаколошка средства, механизам њиховог деловања и штетне последице по здравље)

У свом основном значењу, кастрација подразумева хируршко отклањање тестиса, тј. медицинским језиком речено, орхеотомију, коју треба разликовати од вазектомије и ампутације пениса (Long, 2009: 165, Scot, del Busto, 2009: 305). Последица захвата је значајно смањење нивоа тестостерона у телу, мада мањи део стварају и надбубржне жлезде, чиме се утиче на опадање сексуалног нагона и тако умањује вероватноћа поновног вршења сексуалних кривичних дела (Weinberger, Sreenivasan, Garrick, Osrn, 2005: 16-36). Сигурно је да хируршка кастрација, као облик реакције на сексуалну делинквенцију, а не као о медицинска процедура индикована појединим болестима, ствара непријатну асоцијацију на законе старог и средњег века, на сурово телесно кажњавање по принципу талиона, или на покрет еугенике, који је довео до тога да се она користи као општа метода артифицијелне селекције и „чишћења“ друштва од непожељних наследних особина. Међутим, иако има архаичан и варварски призив, тешко спојив са савременим стандардима људских права, а пре свега са забраном мучења, нечовечног и понижавајућег поступања и кажњавања,⁵ хируршка кастрација је, додуше ретко, присутна и у савременом праву, у законодавствима појединих држава САД (Holmberg, 2003: 506, Scot, del Busto, 2009: 306), мада се примери примене могу наћи и у Европи, као што је случај у Чешкој.⁶

5 Чл. 5. Универзалне декларације о правима човека, чл. 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71, чл. 3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010, чл. 25. Устава РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

6 Својевремено је примена хируршке кастрације изазвала жучну полемику између Комитета Савета Европе за превенцију тортуре, нехуманих и понижавајућих поступака и казни (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) и чешке владе. Комитет је наложио обуставање овакве праксе, оценивши да је деградирајућа и да има психичке последице, уз изражену сумњу да је пристанак осуђеника заиста слободан, јер је то једини начин да избегну доживотни затвор, а као значајан недостатак маркиран је и изостанак адекватне правне регулативе. *Report to*

За разлику од наведеног, помало неадекватним термином хемијске кастрације означава се фармаколошки третман којим се утиче на сексуални нагон и сексуално понашање човека (Long, 2009: 165, Scot, del Busto, 2009: 298). Сама идеја није нова, први случај употребе хормонске терапије у циљу редукције патолошког сексуалног понашања забележен је још 1944. године (Scot, Holmberg, 2003: 502, Tullio, 2009: 204). Иако избор фармаколошког средства представља превасходно медицинско питање, његово разматрање је, макар на елементарном минимуму, нужно у овом контексту да би се разумело деловање мере на човеков организам, укључујући и споредне ефекте, као и потенцијални утицај на смањење рецидивизма.

Уопштено посматрано, коришћени лекови спадају или у супстанце које смањују ниво тестостерона у организму или утичу на ниво серотонина. Тако се од лекова који смањују ниво тестостерона у САД најчешће користи медроксипрогестерон ацетат (МРА), аналог синтетичког прогестерона, и то орално, узимањем лека Провера у дозама од 50 до 300 мг дневно, или као инјекција Депо-Провера која се даје у дози од 300 мг једном недељно (Scot, del Busto, 2009: 299). Многобројна истраживања су показала да је он веома ефикасан у супресији сексуално девијантних фантазија и понашања у односу на педофилију, али воајеризам и екхибиционизам, као и да је са стопом рецидивизма од 18% према 58% много делотворнији у односу на психотерапију (приказ истраживања видети у ор. cit: 299-300). Истовремено, крупан проблем третмана јесте и то што се њиме не остварују трајни ефекти, те се мора спроводити доживотно, а не треба занемарити ни низ негативних споредних ефеката – бол у пределу абдомена, повећање нивоа кортизола у крви, депресија, дијабетес мелитус, главобоља, несаница, камен у жучи, хипертензија, појава валунга, стварање тромба, гинекомастија, оштећење јетре, смањење густине коштане масе, атрофија

the Czech Government on the Visit to the Czech Republic Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 21 to 23 October 2009, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-22-inf-eng.pdf>. Чешка влада је негирала неке од навода, али је у домену правног уређења морала да учини помак доношењем „Препоручене процедуре за хируршке кастрације у вези са сексуалним преступништвом мотивисаним парафилијама“. У Упутству се наглашава да је хируршка кастрација могућност за пацијенте који, због медицински потврђене склоности ка вршењу насилних сексуалних дела, представљају опасност за друге, под условом да су исцрпљене остале могућности лечења. Обавезно је упознавање учиниоца са контраиндикацијама и алтернативама интервенције, а поступак почиње на основу писаног захтева учиниоца и одобрења од стране стручне комисије. Више о томе у *Response of the Czech Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Visit to the Czech Republic from 21 to 23 October 2009*, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-23-inf-eng.pdf>.

тестиса (Melella, Travin, Cullen, 1989: 225, Rosler, Witztum, 1998: 420, Schober, Kuhn, Kovacs, Earle, Byrne, Fries, 2003: 692, Simpson, 2007: 1225 и др.).

У употреби је и дериват прогестерона ципротерон ацетат (CPA) и то још од седамдесетих година прошлог века (Scot, del Busto, 2009: 301). CPA се може користити орално у дозама од 50 до 200 мг дневно или путем интермускуларне инјекције у дози од 300 до 600 мг недељно или на две недеље (Hill, Briken, Kraus, Strohm, Berner, 2003: 412, Scot, del Busto, 2009: 301). Клиничке студије о ефикасности показују да заиста утиче на смањење сексуално девијантних жеља (Hill et al, 2003: 412), мада поједини аутори истичу и да су резултати неких истраживања крајње дискутабилни због извесних методолошких пропуста (непостојање контролне групе, закључивање на основу изјава осуђеника без објективних инструмената за проверу, Scot, del Busto, 2009: 301-302). Сличност са другим супстанцама постоји у домену узгредних штетних последица, те је и при употреби CPA регистрована појава гинекомастије, мишићне слабости, повећања телесне масе, тромбоемболије, депресије, оштећења јетре, као и смањења густине костију до настанка остеопорозе услед трајнијег узимања (Hil et al, 2003: 412, Rosler, Witztum, 1998: 420, Schober et al, 2003: 692 и др.). По питању ефикасности постоје контраверзни резултати, јер се у делу истраживања испоставило да између CPA и MPA нема разлике, док има и аутора који дају предност примени CPA, како је стопа рецидивизма код третираних само 3% (Scot, del Busto, 2009: 302).

У групу хормоналних препарата спадају и супстанце познате под скраћеним називима LHRH и GnRH агонисти (или лутеинизирајући хормон-ослобађајући и гонадотропин хормон-ослобађајући агонисти), које инхибирају лучење одређених хормона хипофизе (FSH и LH), што за последицу има пад нивоа тестостерона до „кастрацијског нивоа“ (Hill et al, 2003: 412, Scot, del Busto, 2009: 303). Њихова предност над претходним не потиче отуда што не производе нежељене ефекте, јер се и њиховом применом појављују повећање ткива дојке, налети врућине, повећање тежине, смањење густине коштане сржи, већ отуда што се могу користити код оних који не реагују на CPA и/или MPA (Hill et al, 2003: 417; Rosler, Witztum, 1998: 421, Scot, del Busto, 2009: 303). Доказана је ефикасност деловања на педофиле, воајере и ексхибиционисте, пошто ниједан од третираних у посматраном петогодишњем периоду није поновио сексуално девијантно понашање (Rosler, Witztum, 1998: 418-419). Међутим, оно што баца негативно светло јесте чињеница да употреба GnRH агониста у ову сврху још увек није добила одобрење Америчке агенције за храну и лекове (Moulier, Fonteille, Péligrini-Isaac, Cordier, Baron-Laforêt, Boriassé, Durand, Stoléro, 2012: 51).

Други тип лекова утиче на неуротрансмитере, посебно на серотонин (Hill et al, 2003: 409, Scot, del Busto, 2009: 304). Из ове класе медикамената најчешће се користе тзв. серотонин специфични инхибитори апсорпције (SSRI), чијом употребом се постиже редукција сексуалног нагона и импулсивности, смањује појава сексуално девијантних опсесивних мисли и индиректно смањује ниво тестостерона, уз сличне мада у мањој мери испољене споредне ефекте (Hil et al, 2003: 409, Scot, del Busto, 2009: 304).

3. Контраверзе правног уобличавања хемијске кастрације као облика реаговања на сексуалну делинквенцију

Иако се идеја спречавања сексуалне делинквенције применом фармаколошког третмана може учинити примамљивом, требало би нагласити да је његово правно уобличавање повезано са многобројним проблемима. Отуда се у следећем излагању разматрају најзначајнија питања која искрсавају при регулисању, попут правне природе, услова за примену, трајања мере, последица непридржавања и финансирања трошкова извршења.

3.1. Правна природа хемијске кастрације

Одређивање правне природе свакако представља основно питање на које треба пронаћи адекватан одговор. Где би требало да буде место хемијске кастрације у систему кривичног права? Да ли је примереније прогласити је казном или мером безбедности, има ли логике да се постави као услов за условни отпуст, или је опет најбоље одредити је као посебан затворски третман? Чини се да садржина која се састоји у лечењу и изражен специјално-превентивни карактер селекцију „усмерава“ ка мерама безбедности, чија је сврха отклањање стања и услова који могу да утичу на учиниоца да понови кривично дело.⁷ Када се посматра у односу на ове поставке, хемијска кастрација би се могла уклопити у корпус тзв. куративних мера, које традиционално чине део нашег система кривичних санкција. У компаративном праву има таквих примера, а најближи и најскорији је законодавство Македоније са новоуведеном мером медицинско-фармаколошког лечења.⁸

Са друге стране, нормирање хемијске кастрације као казне је и етички и правно тешко одрживо, јер би то заправо значило да се учинилац кажњава вештачком супресијом сексуалног нагона, импотенцијом и читавим низом штетних последица по здравље, што неодољиво подсећа на ретрибуцију,

⁷ Чл. 78. КЗ-а.

⁸ Чл. 11, Закон за изменување и допулнување на Кривичниот законик.

за коју већина домаћих теоретичара, вођена стриктним тумачењем чл. 42. Кривичног законика,⁹ сматра да не представља један од циљева кажњавања у нашем позитивном праву (Стојановић, 2012: 204). Не улазећи детаљније у расправу да ли је овај став исправан и да ли је могућа казна без имало ретрибутивних примеса, може се констатовати да би његови заговорници могли да пребаце да је оваква казна инкомпатибилна са прокламованом основном наше казнене политике, али и да је у „натегнутом“ односу са забраном нехуманих казни.

Могућност да се хемијска кастрација постави као услов за условни отпуст постоји у САД; у Калифорнији, која је прва донела закон о хемијској кастрацији, овај третман представља услов за условни отпуст свих сексуалних делинквената повратника, који су дело учинили према лицу млађем од 13 година, с тим што суд може овако да услови и отпуштање примарног учиниоца, ако сматра да за то постоје оправдани разлози (Simpson, 2007: 1227). Проблематичност решења лежи у томе што се не може обезбедити истински добровољан пристанак на третман, о чијем значају ће бити више речи у излагању које следи. Тешко да учинилац има пуну слободу одлучивања када се пред њега поставља да бира између затвора и медицинског третмана на слободи. Није прихватљиво ни македонско решење, где је дефинисана као мера безбедности, с тим што је пристајање на доживотно лечење или лечење у ограниченом трајању прописано као основ за ублажавање казне. Тако је суду дато факултативно овлашћење да изрекне казну од четрдесет година затвора, ако је за дело прописан доживотни затвор; казну од двадесет година, ако је прописана казна затвора у трајању од четрдесет година; и минималну казну затвора прописану за то дело, ако је прописана казна затвора до двадесет година.¹⁰ Посматрано са аспекта нашег права, описане опције треба одбацити, јер би биле у колизији са забраном ублажавања казне и условног отпуста.¹¹

Последња варијанта одређује хемијску кастрацију као затворски третман. Изгледа да ни то није прихватљиво; реверзибилно дејство говори да се фармаколошким третманом у пенитенсијарној установи осуђени никако не би могао припремити за социјализован живот на слободи, те би овако устројен представљао неоправдано излагање осуђеника здравственим ризицима и бескорисно повећавање трошкова извршења.

9 Спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела, утицање на друге да не чине кривична дела, изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.

10 Чл. 11. ст. 2-4, Закон за изменување и допуњавање на Кривичниот законик.

11 Чл. 5. ст. 1. и 2. Закона о посебним мерама.

3.2. Услови за примену хемијске кастрације

Приликом постављања услова потребно је најпре извршити селекцију дела чији би се учиниоци подвргавали хемијској кастрацији. Посматрано у светлу евентуалног новелирања Закона о посебним мерама, јасно је да би примена била везана за учиниоце дела из члана 3, при чему би за већину то било логично решење (силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом, обљуба злоупотребом положаја и недозвољене полне радње). Специфичност осталих не оправдава примену и то због тежине или изостанка сексуалне мотивације учиниоца. Такав је случај са подвођењем и омогућавањем вршења полног односа, јер учинилац овог дела може бити било које лице осим оног ко врши обљубу, са њом изједначени чин, или било коју другу полну радњу са малолетним лицем, или са посредовањем у вршењу проституције, како је реалније очекивати да учиниоце, уместо девијантне сексуалне склоности према малолетницима, руководи неки лукративни мотив. Изопачена склоност постоји код многих учинилаца приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију, навођења малолетног лица на присуствовање полним радњама и искоришћавања рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу, али се опет могу замислити и ситуације када то уопште није случај. Слична селекција је примењена у страним правима; у Македонији се тражи да је у питању полни напад на дете које није навршило 14 година,¹² а у америчким законима се везује за различита дела која подразумевају копулацију, пенетрацију страним телима, или неку другу полну радњу (Scot, del Busto, 2009: 309-311).

У постављању услова кључни значај има дилема да ли би кастрација требало да буде обавезна или би требало да зависи од сагласности учиниоца. Обавезна кастрација се не може без задршке препоручити, пошто се она може посматрати као повреда забране мучења, нечовечног и понижавајућег поступања и кажњавања. Да подсетимо да је у пракси

12 Основни облик дела се састоји у обљуби или другој полној радњи према малолетнику који није напунио четрнаест година (чл. 188. ст. 1.). Тежи облик подразумева да је дело из става 1. извршио сродник у правој линији, брат, сестра, наставник, васпитач, усвојилац, старатељ, очух, маћеха, лекар или друго лице злоупотребом положаја или при вршењу породичног насиља (ст. 2.), односно, да је дело из става 1. учињено злоупотребом душевне болести, душевне поремећености, заосталог душевног развоја, немоћи или другог својства малолетника због којег је неспособан за отпор (ст. 3.). Најтежи облик постоји ако је услед дела из става 1. и 2. наступила тешка телесна повреда, смрт или друге тешке последице, или је дело учињено од стране више лица или на посебно суров или понижавајући начин (ст. 4.).

Европског суда за људска права за добијање атрибута „нехуман“ потребно да неки поступак „намерно изазива озбиљну патњу, како менталну тако и физичку“ (*Greek case 1969*), док се за понижавајући тражи „да значајно понижава пред другима или да наводи лице да поступа противно својој вољи и савести, да ствара страх, патњу и инфериорност, подобну да понизи и сломи физички и ментални отпор“ (*Ireland v. UK*), при чему није неопходно да је поступак по оцени трећих лица деградирајући, довољно је да га само лице које му је подвргнуто тако доживљава (*Tyler v. UK*, одлуке наведене према Rainey, Harrison: 2008). Вођен принудном применом и споредним ефектима мере, овај суд би могао да закључи да је нехумана, али и понижавајућа, ако има у виду, на пример, гинекомастију.

Обавезна хемијска кастрација би се могла оценити и као нарушавање права на поштовање приватног и породичног живота и права на оснивање породице (чл. 8. и чл. 12. Европске конвенције). Фармакотерапија из темеља мења сексуални живот као веома битан сегмент приватног живота, те би се принудно спровођење могло тумачити и као спречавање хипотетичког успостављања нормалних и прихватљивих сексуалних веза. Код оцене да ли нарушава право на оснивање породице, требало би поменути да је оно релативно и да државе могу да га ограниче. Такође, то што висок проценат мушкараца није у стању да услед примене лекова постигне ерекцију и ејакулацију и није толико битан приговор, како се сперма може замрзнути пре почетка третмана и искористити за вештачку оплодњу. Уз то, поменуте способности се брзо враћају по престанку узимања лекова. Дакле, да би се одбио приговор, неопходно је упознати учиниоца са потенцијалном дужином трајања и последицама третмана, као и са могућношћу замрзавања сперме. Све ово би требало сагледати и у односу на случај *Dickinson v. UK*, када је оцењено да постоји повреда и чл. 8. и чл. 12, јер је затворска установа одбила да омогући пренос сперме како би се извршила вантелесна оплодња, чиме су нарушена не само права затвореника, него и његове супруге или партнерке (Rainey, Harrison: 2008).

Тражење пристанка не треба схватити као постављање обавезе суду да једноставно упита учиниоца да ли пристаје или не пристаје. То би представљало банализовање и елементарно непознавање проблема пристанка на медицинске третмане. Да би био правно ваљан, чиме се искључује приговор нехуманог и понижавајућег поступања и кажњавања, пристанак мора да испуни услове за тзв. информисани пристанак. Овај појам је настао у медицинском праву и он обухвата неколико елемената: способност, обавештење, разумевање, добровољност и пристанак (Beauchamp, Childress, 2001: 79). Основна претпоставка је постојање опште способности лица да разуме значај, последице и ризике медицинске мере, као и способности да на основу тога донесе одлуку. Надаље, за доношење

одлуке нужно је обезбедити „материјал“, довољну количину разумљивих информација о томе како изгледа медицинска процедура, која су њена дејства, споредне последице по здравље, и које су њене алтернативе.¹³ Разумевање означава да се обавеза информисања не исцрпљује у описивању и објашњењу третмана, већ у осведочењу да је лице коме је дато све то заиста и схватило. Добровољност има уобичајан смисао, указује на то да је одлука донета слободно, без притисака и утицаја других лица. Такође, добровољност има за претпоставку и обезбеђење довољног времена за размишљање, те не би било прихватљиво тражити неко тренутно изјашњавање за или против фармаколошког третмана.

Може се претпоставити да судије, као правници, неће бити у стању да пруже адекватан квалитет и квантитет информација, тако да остваривање права на информисани пристанак подразумева консултовање са стручњацима из области медицине. У појединим државама САД зато је и предвиђено психолошко саветовање учиниоца (Џорџија и Лујзијана), мада ово није апсолутно правило прихваћено у свим тамошњим законима (Scot, del Vusto, 2009: 313). Углавном се сматра да је за поштовање права довољно кумулативно испуњење два услова – упозорење на споредне ефекте третмана и потврда учиниоца да је разумео, при чему се ређе инсистира да ова изјава буде дата у писаној форми (Џорџија и Лујзијана, Scot, del Vusto, 2009: 312). Македонско право уопште не регулише ова питања, што представља значајан пропуст.

Консултовање стручњака из области медицине има и другу димензију. Наиме, да би се избегао приговор да хемијска кастрација представља повреду члана 3. Европске конвенције, потребно је да се одлука о њеној примени доноси на основу сагледавања претходног медицинског стања учиниоца, које указује да је подобан за примену. Европски суд за људска права је већ решавао случајеве везане за непотребне медицинске

13 Наше право уважава принцип информисаног пристанка, што се види на основу гарантовања права на обавештење („Пацијент има право да од надлежног здравственог радника благовремено добије обавештење које му је потребно како би донео одлуку да пристане или не пристане на предложену медицинску меру“, чл. 11. ст. 1. Закона о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013), права на слободан избор (чл. 12.) и права на пристанак (чл. 15.). Изричито су набројане чињенице које би требало предочити пацијенту: дијагноза и прогноза болести; кратак опис, циљ и корист од предложене медицинске мере, време њеног трајања и могуће последице ако се не предузме; врста и вероватноћа могућих ризика, болне и друге споредне или трајне последице; алтернативне методе лечења; могуће промене пацијентовог стања након предузимања предложене медицинске мере, као и могуће нужне промене у начину живота пацијентовог; дејство лекова и могуће споредне (нежељене) последице тог дејства (чл. 11. ст. 2.).

третмане,¹⁴ из којих следи да је за правилно уређење хемијске кастрације потребно обезбедити да се изриче само ако је медицински индикована. Већина закона у САД предвиђа консултовање стручњака и то: лекара или стручњака из области менталног здравља (Џорџија); квалификованог стручњака из области менталног здравља који има искуства у раду са сексуалним делинквентима (Луџијана); лекара, психијатра или психолога који има искуства у раду са сексуалним делинквентима (Тексас); компетентног лекара (Орегон); или уопштено инсистира на томе да постоји адекватна процена да ће третман бити ефикасан, односно, медицински безбедан (Ајова и Монтана, *op. cit.*: 312). Готово да не треба помињати да би изрицање мере без упоришта у стручној процени лекара, за судију представљало прилично енигматичан задатак, са сумњивим правним и криминално-политичким последицама, пошто би се могло десити да се на третман упућују они којима није потребан, као и да они којима је потребан буду изостављени, што је подједнако недопустиво.

Законодавац би требало да реши и питање да ли ће се мера изрицати само према повратницима или и према примарним учиниоцима. У посматраним страним правима постоје варијације: Луџијана и Орегон обавезују на хемијску кастрацију и примарне учиниоце, под условом да је тако одређено у индивидуалном плану поступања, односно, да је учинилац „подобан“, док се у законодавствима осталих федералних држава тражи да је у питању поновљено дело (*op. cit.*: 307). Македонија има дуални режим, јер се медицинско-фармаколошко лечење може изрећи примарном учиниоцу на основу његовог пристанка, ако постоји опасност да ће и надаље вршити таква дела, као што се и мора изрећи ако је дело учињено у поврату.¹⁵ Оба решења имају и добре и лоше стране. Када се мера веже за примарне учиниоце, због њеног израженог специјално-превентивног карактера, можемо се запитати на основу чега би суд донео закључак да постоји ризик од рецидивирања који оправдава одређивање мере. Овај проблем би посебно био изражен уколико се не би нормирала обавеза консултовања стручњака пре изрицања. Не улазећи даље у ово компликовано питање, може се само констатовати да у земљама англосаксонског круга постоји традиција примене различитих инструмената за предикцију рецидивизма, од којих су најпознатији *STATIC – 99* и *Sex Offender Risk Appraisal Guide – SO-RAG*, мада постоје и други: *Abel Assessment for Sexual Interest, PPG* (пенилна

14 Као у случају принудне употребе лека да би се испразнила дрога из стомака осумњиченог (*Jalloch v. Germany*), или у случају принудног храњења осуђеника када није имало медицинских разлога (*Nevmerzhitsky v. Ukraine*). Наведено према Rainey, Harrison: 2008.

15 Чл. 11. ст. 1. и 7, Закон за изменување и допуњавање на Кривичниот законик.

плетисмографија), *Sexual Violence Risk – 20 (SVR-20)*, *Juvenile Sex Offender Assessment Protocol – J SOAP II*, *Rapid Risk Assessment for Sexual Offenders – RRASOR* итд. (више у Hanson, Thornton, 2000: 119-136, Harris, Rice, 2003: 198-210, Looman, 2006: 193-206). Код нас је проблем објективизације процене ризика од рецидивирања прилично занемарен, те није баш најјасније како би се у пракси доносио овај суд. Код повратника се судија макар може ослонити на једну објективну и лако доказиву чињеницу – ранију осуду за слично дело. Наравно, овде се може отворити нова расправа о томе шта је поузданији индикатор опасности, претходна осуда или поменути инструменти за процену ризика, што надилази оквире овог рада. Такође, читава прича има још један аспект; евидентно је да прво решење, посебно без стручне процене опасности, у фокусу има јавну сигурност (на штету права учиниоца), док су код другог решања ови конфликтни интереси избалансирании.

3.3. Трајање мере, последице непридржавања и финансирање трошкова извршења

Нормирање обично обухвата и трајање мере, последице непридржавања, као и финансирање трошкова. У претходним излагањима је поменуто да су ефекти лекова реверзибилни када су у питању сексуални нагон и сексуалне моћи, што говори у прилог доживотног трајања. Међутим, принцип сразмерности налаже и остављање могућности да се изрекне у крајем трајању, ако тежина учињеног дела и степен опасности учиниоца то оправдавају. С тим у вези је предвиђање периодичне ревизије, са овлашћењем да се трајање мере продужи, али и да се прекине њено извршавање. Ову идеју је следио македонски законодавац прописујући обавезу Управи за извршење кривичних санкција да суду најмање једном у шест месеци подноси извештај о примени мере,¹⁶ како би евентуално донео одлуку о продужењу или прекиду.

Непридржавање фармаколошког третмана најчешће подразумева неподвргавање или самовољно напуштање, али је „отпор“ могуће остварити и „тајним“ узимањем лекова који потиру његово дејство. Могуће је предвидети различите последице за овакво понашање, иако би неке од њих биле инкомпатибилне нашем праву, на пример, опозивање условног отпуста, како је његова примена ионако искључена у односу на дела о којима се овде говори. У појединим државама САД, ово питање, једноставно, није регулисано, мада је непридржавање најчешће санкционисано опозивањем условног отпуста (Scot, del Busto, 2009: 310-311), док је у

¹⁶ Чл. 11. ст. 5, Закон за изменување и дополнување на Кривичниот законик.

Македонији предвиђено принудно извршење какво се примењује и код других куративних мера.¹⁷ Пошто је раније указано на проблематичност принудне примене тако нешто се не би могло препоручити.

Опоруност увођења мере има у своју економску димензију. Потенцијално доживотна примена наводи на закључак да у укупној суми нису у питању безначајна средства. У недостатку података о цени коштања код нас, као илустрација се може навести анализа спроведена у САД, која сликовито, наспрам 160 долара (цена месечне дозе МРА) ставља 1.660 долара (просечни трошкови извршења казне затвора у истом периоду, Tullio, 2010: 208). Да не помињемо то што већина тамошњих законодавстава терет плаћања у различитој мери пребацује на осуђеног, почевши од „разумне накнаде“ до свих трошкова, укључујући и издатке за стручну процену и израду индивидуалног плана фармаколошког третмана (Scot, del Busto, 2009: 310-311). Несумњиво практично решење, али и у несагласју са општим правилом да се средства за извршење кривичних санкција обезбеђују у буџету Републике Србије.¹⁸

4. Закључна разматрања

У страниј теорији постоји мишљење да се хемијска кастрација заснива на неколико „митова“ о сексуалној делинквенцији – да се ова дела примарно врше ради задовољења сексуалних потреба; да су учиниоци искључиво мушкарци са повећаним нивоом тестостерона; да дела подразумевају пенетрацију. Када је етиологија у питању, познато је да ствари нису тако једноставне; преувеличавање физиолошких чинилаца представља својеврстан етиолошки редуccionизам и води занемаривању чињенице да ова појава може бити резултат, рецимо, учења по моделу или психичког механизма компензације, као што постоје и случајеви када учиниоца уопште не води некакав необуздани сексуални нагон, већ тежња за задовољењем асексуалних потреба за демонстрирањем моћи и доминације, понижавањем и потчињавањем жртве (Mancini, 2009: 87). Надаље, иако у највећем проценту ова дела чине мушкарци, то не значи да су жене (на које је описани третман непримењив) у потпуности искључене.¹⁹ О томе постоји обимна страна литература, у којој нема слагања у проценама

17 Чл. 11. ст. 6, Закон за изменување и допуноување на Кривичниот законик.

18 Чл. 11. Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011.

19 У 2012. години су у нашој земљи за сексуална дела осуђене 34 жене (Републички завод за статистику, 2013: 58), мада се из статистике не види да ли се међу њиховим жртвама налазе и малолетна лица.

заступљености жена (поред Mancini, 2009: 88 детаљније у Denov, 2003: 304-307, Ganon, Rose, 2008: 443-444, Grayston, de Luca, 1999: 94, Hetherington, 1999: 162-164, Johansson-Love, Fremouw: 2006: 13, Sandler, Freeman, 2007: 74, Strickland, 2008: 474-476 и др.). Такође, сексуално насиље се не састоји увек у обљуби, те се изазивањем импотенције мушкарац не онемогућава да злоставља жртву на неки други начин (Mancini, 2009: 88). Уз све наведено, не треба заборавити ни да се прилично једноставно може поништити деловање третмана узимањем лекова који ће подићи ниво тестостерона. Сумирање изнетог наводи на закључак да је хемијска кастрација само условно прихватљива; она није прави одговор за све учиниоце, те не сме бити обавезна, а њено изрицање треба условити прибављањем сагласности од учиниоца, као и прибављањем стручног мишљења о оправданости. На такав начин се одбијају приговори да је противна медицинској етици и супротна гарантованим правима учиниоца. У том смислу, читава излагање не треба схватити као опонирање потребе да се за сексуално насиље према малолетним лицима пронађу ефикаснији одговори, већ као позив да се законодавство не гради стихијски, јер тако донети закони можда могу да умире с правом револтирану јавност или да „оперу савест“ власти, али то још увек не значи и да представљају значајан помак у сузбијању криминалитета.

Литература

Beauchamp, T. L., Childress, L. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press

Ganon, T. A., Rose, M. R. (2008). Female Child Sexual Offenders: Towards Integrating Theory and Practice. *Aggression and Violent Behavior*. 13 (6). 442-461

Grayston, A. D., De Luca, R. V. (1999). Female Perpetrators of Child Sexual Abuse: A Review of the Clinical and Empirical Literature. *Aggression and Violent Behavior*. 4 (1). 93-106

Groth, A. N., Burgess, A. W., Holmstrom, L. L. (1977). "Rape: Power, Anger, and Sexuality". *American Journal of Psychiatry*. 134 (11). 1239-1243

Hanson, R. K., Thornton, D. (2000). Improving Risk Assessments for Sex Offenders: A Comparison of Three Actuarial Scales. *Law and Human Behavior*. 24 (1). 119-136

Harris, G. T., Rice, M. E. (2003). Actuarial Assessment of Risk Among the Sex Offenders. *Annals of the New York Academy of Sciences*. 989. 198-210

- Hetherington, J. (1999). The Idealization of Women: Its Role in the Minimalization of Child Sexual Abuse by Females. *Child Abuse and Neglect*. 23 (2). 161-174
- Hill, A., Briken, P., Kraus, C., Strohm, K., Berner, W. (2003). Differential Pharmacological Treatment of Paraphilias and Sex Offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 47 (4). 407-421
- Johansson-Love, J., Fremouw, W. (2006). A Critique of the Female Sexual Perpetrator Research. *Aggression and Violent Behavior*. 11 (1). 12-26
- Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М. (2009). *Криминологија*. Ниш: Пеликан принт
- Кривични законик Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012) и 104 (2013)
- Langevin, R., Curnoe, S., Fedoroff, P., Benett, R., Langevin, M., Peever, C., Pettica, R., Sandhu, S. (2004). Lifetime Sex Offender Recidivism: A 25-year Follow-up Study. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*. 46 (5). 533-552
- Long, A. (2009). Sex Offender Laws of the United Kingdom and US: Flawed Systems and Needed Reforms. *Transnational Law and Contemporary Problems*. 18. 145-168
- Looman, J. (2006). Comparison of Two Risk Assessment Instruments for Sexual Offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*. 18 (2). 193-206
- Mancini, C. N. *Sex Crime in America: Examining the Emergence and Effectiveness of Sex Offender Laws*. (2009). Electronic Theses, Treatises and Dissertations. Paper 2757
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 7 (1971)
- Melella, J. T., Travin, C., Cullen, K. (1989). Legal and Ethical Issues in the Use of Antiandrogens in Treating Sex Offenders. *Bulletin of American Academy of Psychiatry and Law*. 17 (3). 223-232
- Миладиновић-Стефановић, Д. (2013). Посебне мере за спречавање дела против полне слободе према малолетницима. У Димитријевић, П. (прир.), *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (стр. 377-393). Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу
- Moulier, V., Fonteille, V., Péligrini-Isaac, M., Cordier, B., Baron-Laforêt, S., Boria-sse, E., Durand, E., Stoléru, S. (2012). A Pilot Study of the Effects of Gonadotropin-Releasing Hormone Agonist Therapy on Brain Activation Pattern in a Man

With Pedophilia. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 56 (1). 50-60

Patrick, S., Marsh, R. (2009). Recidivism among Child Sexual Abusers: Initial Results of a 13-year Longitudinal Random Sample. *Journal of Child Sexual Abuse*. 18 (2). 123-136

Петковић, Н., Ђорђевић, М., Балос, В. (2010). Анализа ставова јавности у Србији према феномену сексуалне злоупотребе деце. *Темуда*. 4 (13). 61-82

Rainey, B., Harrison, K. (2008). Pharmacotherapy and Human Rights: Best of Friends and Unlikely Bedfellows. *Sexual Offender Treatment – Online Issues*. 2

Report to the Czech Government on the Visit to the Czech Republic Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 21 to 23 October 2009, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-22-inf-eng.pdf>

Response of the Czech Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Visit to the Czech Republic from 21 to 23 October 2009, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-23-inf-eng.pdf>

Републички завод за статистику. (2013). Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2012, Пријаве, оптужења и осуде. Билтен 576

Rosler, A., Witztum, E. (1998). Treatment of Men with Paraphilia with a Long-acting Analogue of Gonadotropin-releasing Hormone. *The New England Journal of Medicine*. 338 (7). 416-422

Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Typology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. *Sex Abuse*. 19 (2). 73-89

Schober, J. M., Kuhn, P. J., Kovacs, P. G., Earle, J. H., Byrne, P. M., Fries, R. A. (2005). Leuprolide Acetate Suppresses Pedophilic Urges and Arousability. *Archives of Sexual Behavior*. 3 (6). 691-705

Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. У Wright, R. G. (прир.), *Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions* (стр. 291-338). New York: Springer

Scott, C. L., Holmberg, T. (2003). Castration of Sex Offenders: Prisoners' Rights Versus Public Safety. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. 31 (4). 502-509

Simson, T. (2007). "If Your Hand Causes You to Sin ...": Florida's Chemical Castration Statute Misses the Mark. *Florida State University Law Review*. 34 (4). 1221-1246

Soothil, K., Harman, J., Francis, B., Kirby, S. (2005). Identifying Future Repeat Danger from Sexual Offenders against Children: A Focus on Those Convicted and Those Strongly Suspected of Such Crime. *The Journal of Forensics Psychiatry & Psychology*. 16 (2). 225-247

Стојановић, З. (2012). *Коментар Кривичног законика, четврто измењено и допуњено издање*. Београд: Службени гласник

Strickland, S. M. (2008). Female Sex Offenders: Exploring Issues of Personality, Trauma and Cognitive Distortions. *Journal of Interpersonal Violence*. 23 (4). 474-489

Terry, K. (2005). *Sexual Offenses and Offenders: Theory, Practice, and Policy*. Belmont, CA: Thomson Wadsworth Publishing

Tullio, E. M. (2010). Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective and Constitutional. *Chapman Law Review*. 13. 191-220

Закон за изменување и дополнување на Кривичниот законик. *Службен весник на Република Македонија*. Бр. 27 (2014)

Закон о извршењу кривичних санкција. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (2005), 72 (2009) и 31 (2011)

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободe према малолетним лицима. *Службени гласник РС*. Бр. 32 (2013)

Закон о правима пацијената. *Службени гласник РС*. Бр. 45 (2013)

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ – Меѓународни уговори*. Бр. 9 (2003), 5 (2005), 7 (2005). *Службени гласник РС – Меѓународни уговори*. Бр. 12 (2010)

Универзална декларација о правима човека

Устав РС. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006)

Wakefield, H. (2006). The Villification of Sex Offenders: Do Law Targeting Sex Offenders Increase Recidivism and Sexual Violence. *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*. 1. 141-149

Weinberger, L. E., Sreenivasan, S., Garrick, T., Osran, H. (2005). The Impact of Surgical Castration on Sexually Recidivism Risk among Sexually Violent Predators. *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law Online*. 33 (1). 16-36

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**CHEMICAL CASTRATION:
It is an Acceptable Solution for Preventing the
Commission of Sex Crimes against Minors?**

Summary

In addition to envisaging criminal offences which incriminate the different forms of sexual violence against minor and introducing stricter forms of punishment for sex offenders, the formal social reaction to sex crimes against minors often involves a series of measures aimed at monitoring the convicted offenders after they have served their sentences. These measures are basically aimed at reducing the risk of recidivism. One of these measures is a special pharmacological treatment, generally known as chemical castration, which is applied for the purpose of suppressing the offender's sexual urges and reducing sexual misconduct. In spite of being an appealing solution, chemical castration is acceptable only under specific conditions. Hence, this matter has to be regulated with exquisite caution in order to avoid the objections that this treatment constitutes a violation of the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, as well as a violation of the right to respect for private life and the right to establish a family.

Keywords: sexual violence, minors, chemical castration.

Др Невена Петрушић,*
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Момчило Грубач, Професор емеритус
Правни факултет Универзитета Унион

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.72/.73

Рад примљен: 31.03.2014.
Рад прихваћен: 30.04.2014.

УЗАЈАМНИ ОДНОС ПОСТУПКА ПРЕД ПОВЕРЕНИКОМ ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ И ДРУГИХ АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИХ ПОСТУПАКА**

Апстракт: Рад је посвећен разматрању односа поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака, у којима се остварује грађанскоправна, кривичноправна, прекршајноправна и уставносудска заштита од дискриминације. У првом делу рада сумарно су приказани улога и надлежност Повереника за заштиту равноправности, као и сам поступак по прутужбама због дискриминације који овај орган спроводи. Централни део рада посвећен је односу поступка пред Повереником и других антидискриминационих поступака. Анализирани су прописи који пружају, односно искључују могућност да се поводом исте дискриминаторне ствари паралелно или сукцесивно воде поступак пред Повереником и други антидискриминациони поступци. Одговарајућа пажња посвећена је и дејству које у поступку пред Повереником производе правноснажне одлуке које су поводом истог дискриминаторног догађаја донете у другим поступцима.

Кључнe речи: дискриминација, Повереник за заштиту равноправности, антидискриминациони поступци.

* nevena.petrusic@gmail.com

** Коауторка Невена Петрушић написала је рад у оквиру пројекта бр. 179046: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Уводна разматрања

Србија је протеклих година изградила ваљан правни оквир за заштиту од дискриминације, поштујући међународне стандарде и ослањајући се на искуства у упоредном праву. Уставни принцип забране дискриминације¹ операционализован је општим Законом о забрани дискриминације,² као и посебним антидискриминационим законима.³ Испуњавајући своју обавезу да свакоме обезбеди делотворну заштиту од дискриминације, коју је преузела ратификовањем међународних уговора о људским правима⁴ држава је успоставила целовит и кохерентан систем правне заштите. Тај систем чине различити облици грађанскоправне, кривичноправне, прекршајноправне и уставносудске заштите, а право на недискриминацију штити и Повереник за заштиту равноправности.

Грађанскоправна заштита од дискриминације представља облик непосредне заштите права на недискриминацију. Пружање те заштите регулисано је⁵ тако што су супстанцијалним правилима прописани грађански правозащитни захтеви,⁶ док је процесним правилима регулисан поступак у парницама за заштиту од дискриминације. Прекршајноправна заштита уређена је ЗЗД и другим антидискриминационим прописима,

1 Чл. 1. Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006) – у даљем тексту: Устав.

2 Закон о забрани дискриминације (у даљем тексту ЗЗД), *Сл. гласник РС*, бр. 22/09. У регулисању заштите од дискриминација законодавац је применио универзални приступ: забрањен је сваки види посредне и непосредне дискриминације по било ком основу и у свим сферама друштвеног живота. О појму и елементима дискриминације, шире: Павловић, С. (2012: 136-141).

3 Групи посебних антидискриминационих закона чине: Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. године (*Сл. лист СРЈ*, бр. 11/02, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/03 - Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 72/09 - др. закон), Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом из 2006. године (*Сл. гласник РС*, бр. 33/06, у даљем тексту: ЗСДОИ) и Законом о равноправности полова из 2009. године, (*Сл. гласник РС*, бр. 104/09, у даљем тексту: ЗРП). Забрана дискриминације у појединим секторима друштвених односа, као што су рад, запошљавање, образовање, информисање и др., прописана је и законима којима су те области законски уређене.

4 О међународном правном оквиру заштите од дискриминације, детаљно: Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 11-32; Etinski, Krstic, 2009: 5-22.

5 Поступак у парницама за заштиту од дискриминације, који има карактер посебног парничног поступка, регулисан је у ВИ одељку ЗЗД, под рубрумом «Судска заштита» (чл. 41-46. ЗЗД).

6 Одредбама ЗЗД прописано је неколико правозащитних захтева који се могу истаћи у парницама за заштиту од дискриминације. Шире, видети: (Водинелић, 2012: 217-236); (Петрушић, Н. 2010: 157-170).

којима су инкриминисани као прекршаји разноврсни акти дискриминације.⁷ Кривичноправна заштита од дискриминације уређена је Кривичним закоником из 2005. године,⁸ који прописује три кривична дела у вези са забраном дискриминације: повреда равноправности (чл. 128), повреда права употребе језика и писма (чл. 129) и расна и друга дискриминација (члан 387), као и читав низ кривичних дела против људских права и слобода, која садрже елементе дискриминације.⁹ Део система заштите од дискриминације јесте и заштита коју пружа Повереник за заштиту равноправности поступајући по притужбама због дискриминације, а кад је реч о уставној заштити права на недискриминацију, она се остварује путем контроле уставности и законитости закона и других општих аката с аспекта забране дискриминације и одлучивањем по уставној жалби. Правна заштита од дискриминације пружа се у разноврсним судским и другим поступцима, који се, упркос великим разликама у погледу циља, предмета и садржине заштите, могу сматрати антидискриминационим поступцима јер, у крајњем, служе сузбијању дискриминације.

У циљу обезбеђивања делотворне заштите од дискриминације, законски прописи омогућавају да се поводом истог акта дискриминације паралелно или сукцесивно спроведе више антидискриминационих поступака. Ипак, у неким ситуацијама правноснажно окончање, односно ток једног поступка искључује могућност да се поводом истог дискриминаторног

7 Инкриминисана су као прекршаји и одређена пропуштања органа јавне власти и одговорних лица да спроведу законом утврђене посебне мере. Видети чл. 50-59. ЗЗД, чл. 53-55. ЗРП и чл. чл. 50-60 ЗСДОСИ.

8 *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

9 У ова дела спадају повреда слободе изражавања националне или етничке припадности (члан 130), повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда (чл. 131), повреда слободе говора и јавног иступања (члан 148) и др. Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009) измењен је члан 387. који забрањује расну и другу дискриминацију додавањем два нова става којима су прописана кривична дела промоције и позивања на мржњу, насиље и дискриминацију, и јавне претње за извршење кривичних дела према лицу или групи лица на основу неког њиховог личног својства. Сва ова кривична дела гоне се по службеној дужности. Законом о изменама и допунама КЗ из 2012. године (*Сл. гласник РС*, бр. 121/2012) КЗ је допуњен правилом да приликом одмеравања казне суд као посебну отежавајућу околност цени чињеницу да је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, осим ако је ова околност прописана као обележје кривичног дела (чл. 54а КЗ). Тиме је у наш правни систем уведен институт злочина из мржње, а то може бити свако кривично дело које је мотивисано мржњом према особи због њене расе, боје коже, пола, полне оријентације, језика и других личних својстава. Шире: Ćirić; 2011: 21-36.

догађаја спроведе други поступак. С друге стране, у поступцима у којима се пружа заштита праву повређеном дискриминаторним актом утврђивање дискриминације јавља се као претходно питање, што проблем односа антидискриминационих поступака чини још комплекснијим. У овом раду пажња је фокусирана на однос поступка по притужбама због дискриминације који се спроводи пред Повереником за заштиту равноправности¹⁰ и других антидискриминационих поступака. Непосредни повод за ову анализу јесте правило да Повереник поступа по притужби због дискриминације уколико поступак пред судом по истој ствари није већ покренут или правноснажно окончан.¹¹ Ово правило отвара низ спорних теоријских и практичних питања, која до сада нису привукла већу пажњу научне и стручне јавности, па постоји потреба да се она размотре и подстакне шира научна расправа о међусобном односу антидискриминационих механизма.

2. Повереник за заштиту равноправности – улога и надлежност

Повереник за заштиту равноправности¹² је самосталан и независан државни орган, установљен ЗЗД,¹³ са широким кругом законских овлашћења која га чине централном националном институцијом специјализованом за сузбијање свих облика и видова дискриминације.¹⁴ Повереник је државни

10 У даљем тексту: поступак пред Повереником.

11 Чл. 36. ст. 1. ЗЗД.

12 Повереник за заштиту равноправности само је једна од независних институција за заштиту људских права које су током правне транзиције установљене у домаћем правном систему. Иако су њихова улога, задаци, надлежност, начин избора и финансирања веома различити, у литератури се за сва ова тела користи заједнички назив тзв. „четврта грана власти“. (Orlović, 2010: 231-272).

13 Установљавање овог органа израз је опредељања државе да поштује препоруке међународних институција о оснивању независних националних тела за сузбијање дискриминације, каква је, на пример, Општа препорука бр. 2. из 1997. године Европске комисије за борбу против расизма и нетолеранције Савета Европе (ECRI), којом је чланицама Савета Европе сугерисано да установе тела за борбу против расизма и дискриминације на државном нивоу. Видети: ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance at National Level, Retrieved 24 May 2014 from http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp

14 Приликом правног профилисања институције Повереника за заштиту равноправности, узети су у обзир разноврсни концепцијски модели тела за равноправност (тзв. еџуалиту бодиес), као и искуства сличних институција у државама у региону и ЕУ. Упоредна истраживања показују да се статус и надлежност независних тела знатно разликују. У неким државама установљене су комисије, у неким један или више парламентарних повереника, негде постоји посебан омбудсман за равноправност, а

орган омбудсманског типа (Петрушић, Крстић, Маринковић, 2014: 213),¹⁵ ексклузивно надлежан да штити само једно људско право – право на равноправност.¹⁶ Он је, у суштини, орган парламента јер му помаже да врши парламентарни надзор у материји заштите равноправности, али је и својеврсни „орган јавности“, односно цивилног друштва, чији је и сам део. Повереник нема ни наредбодавна ни репресивна овлашћења (Петрушић et al. 2014: 231), нити одлучује о правима и обавезама правних субјеката, већ своју законску улогу остварује издавањем препорука, опомена, упозорења, извештајима, законодавним иницијативама и др.¹⁷ Поред задатака на плану превенције,¹⁸ Повереник делује и реактивно, након извршене

негде је заменик омбудсмана посебно задужен за област заштите од дискриминације; неке државе су установиле посебне парламентарне одборе, а неке квази-судска тела. Ни статус тела за равноправност није исти: у неким државама имају статус владине агенције, а у неким их бира парламент. Bruxel, 2012: 54; Ammer, Crowley, Liegl, Holzleithner, Wladasch, Yesilkagit, Utrecht, Wiена, 2010: 342; Krusaa, 2011: 1-10; Brooks, Milatović, 2010: 1-36.

15 Ипак, иако се улога Повереника суштински не разликује од улоге Заштитника грађана, који је омбудсман општег типа, правна позиција ова два државна органа знатно се разликује. Док су положај и надлежност Заштитника грађана установљени самим Уставом (чл. 138. Устава Републике Србије), положај Повереника за заштиту равноправности регулисан је ЗЗД, а тешко је утврдити у коју би категорију органа јавне власти могао бити сврстан. Овакво стање последица конзистентног приступа у уставном дефинисању надзорних стручних тела у домену заштите људских права, који би обезбедио да се логички обједине прописи који регулишу њихову позицију у правном систему.

16 Позицију Повереника у правном систему обележава следеће: његов статус (самосталност и независност - чл. 1. ЗЗД), начин избора (бира га Народна скупштина - чл. 28. ЗЗД) и имунитет, који је једнак имунитету народних посланика - чл. 31. ст. 2. ЗЗД.

17 Овлашћења која Повереник има широко су постављена, у складу са међународним стандардима утврђеним Принципима који се односе на статус националних институција (тзв. Париски принципи) из 1993. године (додатак Резолуције бр. 48/134) (ОНСНР, 1997). Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), Retrieved 24 May 2014, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

18 Чл. 33. ЗЗД Повереник је овлашћен да упозорава јавност на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације, да прати спровођење закона и других прописа, иницира доношење или измену прописа ради спровођења и унапређивања заштите од дискриминације и даје мишљење о одредбама нацрта закона и других прописа који се тичу забране дискриминације, као и да органима јавне власти и другим лицима препоручује мере за остваривање равноправности (чл. 33 ЗЗД).

Један део надлежности Повереника односи се на праћење заштите равноправности, о чему Повереник подноси годишњи извештај Народној скупштини о стању у области заштите равноправности. Када је то потребно, Повереник самоиницијативно или на захтев Народне скупштине подноси и посебан извештај, нарочито у случајевима

дискриминације. Ради остваривања овог циља Повереник је овлашћен да спроводи поступак по притужбама због дискриминације, покреће парнице за заштиту од дискриминације,¹⁹ подноси прекршајне пријаве,²⁰ а као државни орган, овлашћен је на подношење кривичних пријава,²¹ као и на покретање поступка за оцену уставности и законитости.²²

3. Поступање Повереника по притужбама због дискриминације

Повереник је законом овлашћен да спроводи поступак по притужбама због дискриминације.²³ Овај поступак²⁴ је специфичне природе,²⁵ а његов циљ је да Повереник да стручно мишљење о томе да ли у конкретном случају поступање (чињење или пропуштање) на које се у притужби указује, представља акт дискриминације, те да изрицањем одговарајућих препорука предупреди даље вршење дискриминације и омогући отклањање стања и последице дискриминације (Петрушић et al. 2014: 236). У мишљењу Повереник износи свој децидирани став о томе да ли је

вима учестале вишеструке дискриминације, дискриминације која долази од органа јавне власти и случајевима тешких облика дискриминације.

19 Чл. 35. т. 3. ЗЗД.

20 Чл. 33. ст. 4. ЗЗД.

21 Чл. 280. Законика о кривичном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013). прописано је да «Државни и други органи [...] пријављују кривична дела за која се гони по службеној дужности, о којима су обавештена или за њих сазнају на други начин, под условима предвиђеним законом или другим прописом.

22 Чл. 168. ст. 1. Устава Републике Србије.

23 На подношење притужбе овлашћено је свако физичко и правно лице, организације које се баве заштитом људских права, као и друга лица. Уколико поступак покрећу ради заштите конкретног лица, организације за заштиту људских права и друга лица то могу чинити само у име и уз сагласност тог лица (чл. 35 ЗЗД).

24 Поступак по притужбама регулисан је ЗЗД (В одељак, чл. 35-40), као и Пословником о раду, (Сл. гласник РС, бр. 34/11), којим је Повереник ближе уредио начин свог рада и поступања. Супсидијарни извор поступка по притужбама јесте Закон о општем управном поступку (Сл. лист СРЈ, бр. 33/97 и 31/2001 и Сл. гласник РС, бр. 30/2010), чије се одредбе у овом поступку сходно примењују.

25 У литератури није шире елелиборирана природа поступка по притужбама због дискриминације. С обзиром да је члан 40. став 4. ЗЗД изричито прописано да се на поступак пред Повереником сходно примењују одредбе закона којима се уређује општи управни поступак, један од могућих одговора јесте да овај поступак представља посебан управни поступак, без обзира што га не спроводи управни орган, већ самостални и независни државни орган. Други могући одговор јесте да се ради о специфичном, *sui generis* поступку, који нема карактер управног поступка, упркос томе што се у њему сходно примењују правила општег управног поступка. Шире: Петрушић et al. 2014: 236-237.

у конкретном случају лице против кога је притужба поднета извршило акт дискриминације,²⁶ а ако је дискриминација извршена, издаје једну или више обавезујућих препорука о начину отклањања повреде права на недискриминацију.²⁷ Лице коме је препорука упућена дужно је да поступи по препоруци у року од 30 дана и да о томе обавести Повереника.²⁸ Будући да препоруке Повереника нису подобне за принудно извршење, да би се спроводиле, одредбама ЗЗД прописане су законске мере које Повереник изриче у случају непоступања по препоруци: опомена и обавештавање јавности.²⁹ Ове мере су својеврсан вид „моралне репресије“ и срачунате су на то да утичу на свест лица које је извршило дискриминацију, као и да друге потенцијалне дискриминаторе одврате од дискриминаторног поступања.³⁰

4. Однос поступка пред Повереником и других антидискриминационих поступака

Према чл. 36. ст. 1. ЗЗД, Повереник може поступати по притужби уколико поступак пред судом *по истој ствари* није већ покренут или правноснажно окончан.³¹ *Argumentum a contrario*, Повереник не може поступати по притужби ако је поступак пред судом *по истој ствари* већ покренут или правноснажно окончан. ЗЗД не прецизира која је врста судског поступка у питању, што отвара питање домета забране из чл. 36. ст. 1. ЗЗД, које је у редовима који следе ближе размотрено.

26 Приликом заузимања става о томе да ли је у конкретном случају извршена дискриминација Повереник има у виду све чињенице и околности конкретног случаја, при чему у пуној мери примењује правила о прерасподели терета доказивања прописана чл. 45. ЗЗД. О прерасподели терета доказивања, видети: Rodin, 2009: 107-109.

27 Приликом издавања препорука, Повереник треба да води рачуна о томе да препоруке буду одређене и конкретне и да њихова садржина буде таква да се њиховим спровођењем, имајући у виду све околности конкретног случаја, може на најбољи могући начин отклонити стање дискриминације, спречити њено даље испољавање и уклонити или ублажити последице дискриминације.

28 Чл 39. ст. 3. ЗЗД.

29 Чл. 40. ЗЗД.

30 О поступку пред Повереником: Petrušić, Bekker, 2012: 68-75.

31 Истим чланом ЗЗД прописано је да Повереник не поступа по притужби и кад је очигледно да нема повреде права на коју подносилац указује, ако је у истој ствари већ поступао, а нису понуђени нови докази, као и онда кад утврди да је због протекла времена од учињене повреде права немогуће постићи сврху поступања.

4.1. Поступак пред Повереником и парница за заштиту од дискриминације

Поступак пред Повереником и парница за заштиту од дискриминације представљају два посебна процесна метода регулисана ЗЗД, који се разликују према циљу, садржини и самом исходу. Субјекти овлашћени да траже заштиту од дискриминације могу да поднесу притужбу Поверенику или да тужбом покрену парнични поступак. Иако су међусобно различити, када дође до конкуренције поступка пред Повереником и поступка у парници за заштиту од дискриминације, предност има парнични поступак (чл. 36. ст. 1. ЗЗД) Сагласно томе, уколико се овлашћено лице определи за парницу, постоји сметња за спровођење поступка по притужби, па ће, за случај да притужба буде поднета, Повереник обуставити поступак. На исти начин Повереник ће поступити и када у току поступка по притужби дође до сазнања да је после подношења притужбе у истој ствари покренута парница.

Ако је поводом одређеног дискриминаторног догађаја поступак у парници правноснажно окончан, Повереник не може поступати по притужби јер ЗЗД то изричито забрањује (чл. 36. ст. 1. ЗЗД). У вези са тим, треба имати у виду да ово правило важи само ако је поступак правноснажно окончан мериторном пресудом или судским поравнањем, које је по свом дејству изједначено са правноснажном пресудом.³² Уколико је поводом исте ствари парнични поступак правноснажно окончан услед одбацивања или повлачења тужбе, нема сметњи да Повереник поступа по притужби.

Околност да је поводом конкретног дискриминаторног догађаја спроведен поступак пред Повереником не представља сметњу за вођење парнице за заштиту од дискриминације јер подошењем притужбе Поверенику лица овлашћена на покретање парнице нису конзумирала своје право на судску правну заштиту права на недискриминацију. С друге стране, и сам Повереник је овлашћен да након давања мишљења и препоруке,³³

32 Чл. 337. ст. 3. ЗПП.

33 Кад Повереник покреће парницу за заштиту од дискриминације, он сам одлучује да ли ће то учинити након што оцени да је притужба уредна и допуштена или тек пошто спроведе поступак и да мишљење и препоруку. Законодавац у том погледу не поставља ограничења, остављајући тиме Поверенику широк „маневарски простор“ за деловање. Сагласно томе, поступак по притужби нема карактер претходног поступка у односу на парницу коју Повереник покреће, какво се мишљење среће у делу стручне јавности, нити је парница средство којим се Повереник служи како би дискриминатор био „натеран“ да поступи по препоруци Повереника. (Petrušić, 2012: 74).

као тужилац у функционалном смислу,³⁴ покрене парницу за заштиту од дискриминације, ако оцени да се ради о стратешком случају дискриминације³⁵ који треба да добије судски епилог.

Једно од кључних питања које се поставља у вези са применом чл. 36. ст. 1. ЗЗД тиче се критеријума за утврђивање идентитета правне ствари. Сагласно општим процесним правилима, идентитет правне ствари одређују два елемента: објективни идентитет (идентитет дела) и субјективни идентитет (идентитет лица).³⁶

У погледу идентитета дела (*eadem res*), има се у виду сам догађај (радња или пропуштање) који је дао повода подношењу притужбе, односно подизању тужбе. Објективни идентитет постоји ако се ради о истом догађају, упркос евентуалним разликама у погледу околности датог догађаја. При томе је ирелевантна правна квалификација самог случаја јер она не мења идентитет дела. Кад је у питању пресуђена ствар, потребно је водити рачуна о томе да пресуда суда стиче правну снагу у погледу предмета о коме је одлучено и у обиму у коме је одлучено. Оно што пресудом није решено, може бити предмет поступка пред Повереником.

34 Активна процесна легитимација Повереника у парницама за заштиту од дискриминације манифестација је става законодавца да спречавање и сузбијање дискриминације представља општи (јавни) интерес друштва, те да овом независном органу треба омогућити да покреће парнице за заштиту од дискриминације како би својом процесном активношћу издејствовао доношење повољних судских пресуда. Значај ових пресуда не огледа се само у томе што се њима пружа правна заштита дискриминисаним лицима, већ и у томе што оне, снагом своје правноснажности и ауторитета који у правном поретку имају, упућују јасну поруку јавности да је дискриминација забрањено противправно понашање које се не толерише, већ делотворно санкционише.

35 Које ће случајеве дискриминације изнети пред суд, одлучује сам Повереник, имајући у виду чињеницу да циљ и смисао парница које покреће превазилази значај који оне имају са аспекта заштите права самих дискриминисаних лица. Реч је, наиме, о тзв. стратешким парницама које Повереник покреће са циљем да својом процесном активношћу, као тужилац у парници, допринесе доследној примени прописа и унапређењу правне праксе, да додатно охрабри и подстакне жртве дискриминације на покретање антидискриминационих парница, подржи владавину права и допринесе унапређењу приступа правди, да правно едукује и сензибилише јавност за проблем дискриминације и сл. Вођење стратешких парница представља део заговарачке стратегије Повереника и један је од инструмента за сузбијања дискриминације и промоцију равноправности у друштвеним односима. О стратешким парницама, шире: Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, Retrieved 24 May 2014 from <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>

36 Видети: Triva, Belajec, Dika, 2004: 642; Damaška, М. 1961: 43-55.

У вези са тим, поставља се питање како треба поступити ако је притужба поднета због акта дискриминације којим је лицу повређено, поред права на недискриминацију, и неко друго право, а ради заштите тог права води се или је правноснажно окончан судски поступак. На пример, лице које је дискриминисано тако што му је, због неког његовог личног својства, незаконито отказан уговор о раду, покренуло је радни спор против послодавца, позивајући се на кршење права на недискриминацију. Будући да је непосредни предмет овог поступка захтев за поништај незаконитог отказа, утврђивање дискриминације има карактер претходног питања (Узелац, 2009: 95).³⁷ Ако суд одлучи да сам решава ово претходно питање,³⁸ његова одлука о претходном питању биће садржана у образложењу пресуде и имаће дејство и значај само у парници у којој је претходно питање решавано. Због тога у наведеном примеру ток поступка у радном спору, односно, правноснажна пресуда којом је радни спор решен не представљају процесну сметњу за поступање по притужби због дискриминације јер није у питању „иста ствар“.³⁹

Идентитет лица (eadem persona) постоји ако је притужба поднета против оног лица које у парничном поступку има, односно које је имало положај туженог. Није, међутим, неопходно да су подносилац притужбе и тужилац у парници иста лица. Идентитет постоји и ако је, на пример, притужбу поднела организација која се бави заштитом људских права, а тужбу у парничном поступку лице које је претрпело дискриминацију.

4.2. Поступак пред Повереником и казнени поступци

Карактер антидискриминационог поступка имају и казнени поступци – кривични поступак и прекршајни поступак – када се воде поводом оних кривичних дела, односно прекршаја који имају елементе дискриминације.

³⁷ Питање постојања или непостојања дискриминације није само чињенично питање, већ и сложено правно питање од кога зависи одлука о главној ствари, па зато има карактер претходног питања у смислу чл. 12. Закона о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС и 74/2013 - одлука УС) - у даљем тексту ЗПП). О претходном питању, видети: *Poznić, Rakić Vodinelić*, 2010: 276-279; *Станковић*, 2013: 421-422.

³⁸ Парнични суд може сам да реши претходно питање или да прекине поступак док претходно питање не буде правноснажно решено (чл. 12. и чл. 223. ЗПП).

³⁹ Из истог разлога, у наведеном примеру ток поступка у радном спору, односно, правноснажна пресуда којом је радни спор решен не би представљали процесну сметњу за вођење парнице за заштиту од дискриминације, у којој се питање дискриминације јавља као главни предмет судског одлучивања. То произлази из одредаба чл. 294. тач. 3. и 4. ЗПП, којима је прописано да суд одбацује тужбу ако утврди да о *истом захтеву* тече парница или да је *ствар* правноснажно пресуђена.

У вези са тиме, поставља се питање да ли кривични, односно прекршајни поступак који се према лицу води или је правноснажно окончан поводом одређеног дела представља процесну сметњу за спровођење поступка по притужби која је против њега поднета поводом истог дела.

Не улазећи дубље у анализу општих теоријских питања која се јављају поводом конкуренције различитих судских поступка, укључујући и конкуренцију казних поступака,⁴⁰ сматрамо да се забрана из чл. 36. ст. 1. ЗЗД не односи на кривични и прекршајни поступак. Ток кривичног поступка који се против неког лица води поводом одређеног догађаја није препрека да се према истом лицу поводом истог догађаја паралелно води и поступак по притужби, нити је правноснажна пресуда кривичног суда, без обзира да ли је осуђујућа или ослобађајућа, препрека да се спроведе поступак по притужби. Исто важи и кад је у питању прекршајни поступак.

На такав закључак упућују циљно тумачење одредбе чл. 36. ст. 1. ЗЗД, као и сама сврха, предмет и могући исходи поступка по притужбама и казних поступака. Наиме, и када се спроведе поводом истог догађаја, сврха и непосредни предмет поступка по притужби и кривичног, односно прекршајног поступка нису исти. За разлику од казних поступака, у којима се извршиоцима кривичних дела, односно прекршаја изричу законом прописане казне, циљ поступка по притужбама јесте да се отклани повреда права на недискриминацију и спречи даље дискриминаторно поступање. С друге стране, примењује се и различито материјално право јер се елементи који чине правни појам појединих облика дискриминације дефинисаних ЗЗД разликују од законског описа кривичних дела и прекршаја са елементом дискриминације. На пример, законски опис кривичног дела *повреда угледа због расне, верске, националне или друге припадности* из чл. 174. КЗ⁴¹ не поклапа се ни са једним обликом дискриминације прописаним ЗЗД, мада

40 Питање конкуренције кривичног и прекршајног поступка је веома комплексно, посебно имајући у виду да поједини прекршаји и кривична дела са елементима дискриминације имају сличне описе. У вези са тим, проблем конкуренције ових поступака додатно чини комплексним и принцип *ne bis in idem*, који у интерпретацији Европског суда за људска права подразумева забрану кривичног гоњења или суђења за друго „дело“ уколико оно произлази из идентичних чињеница или чињеница које су у бити исте. (Видети: *Sergey Zolotukhin v. Russia*, бр. 14939/03, пресуда од 10. фебруара 2009, пар. 70-78; *Муслија против Босне и Херцеговине*, бр. 32042/11, пресуда од 14. јануара 2014. пар. 32-35). О томе, шире: *Zupančič*, 2011: 171-178.

41 Према законској дефиницији, ово дело састоји се јавном излагању порузи лица или групе лица због њихове припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничког порекла или због неког другог личног својства.

садржи дискриминаторне елементе који су најсличнији елементима законске дефиниције појма *узнемиравање и понижавајуће поступање*.⁴²

Треба, такође, узети у обзир и чињеницу да су стандарди доказивања у кривичном, односно прекршајном поступку потпуно различити у односу на стандарде доказивања у поступку по притужбама, посебно у светлу правила о прерасподели терета доказивања. Због тога је могуће да кривични суд правноснажном пресудом ослободи оптуженог због недостатка доказа и примене правила *in dubio pro reo*, а да у поступку по притужби која је против њега поднета његово поступање буде квалификовано као дискриминаторно, с обзиром да у овом поступку важи правило *in dubio pro discriminatione*.⁴³

Коначно, потребно је имати у виду и околност да ток, односно правноснажна пресуда кривичног суда поводом одређеног дела са елементом дискриминације не представљају сметњу да се поводом истог дела тужбом тражи грађанскоправна заштита од дискриминације јер се у овим поступцима том догађају приступа на различите начине, а о правним консеквенцама које из њега произлазе одлучује се на основу различитих правила материјалног права. Иста логика треба да важи и када је у питању подношење притужбе због дискриминације, посебно у светлу чињенице да се препорукама које Повереник даје могу, у начелу, остварити скоро сви видови заштите прописани ЗЗД, изузев накнаде штете (чл. 43. ЗЗД).

4.3. Поступак по притужби и управни спор

Групи судских поступака припада и управни спор, па се поставља питање да ли његов ток, односно правноснажно окончање представљају сметњу за спровођење поступка по притужби. За давање правилног одговора на ово питање потребно је имати у виду да управни спор представља спор о законитости управног акта, односно оправданости ћутања управе (Томић, 2009: 347), тако да се његов предмет разликује од предмета поступка пред Повереником, упркос томе што могу бити покренути поводом истог дискриминаторног догађаја. На пример, лице може покренути управни спор позивајући се на то да је управним актом донетим по слободној оцени стављен у неједнак положај због личног својства, те да овај акт није

42 Узнемиравање и понижавајуће поступање је посебан облик дискриминације који се састоји у узнемиравању и понижавајућем поступању које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, посебно ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење (чл. 12. ЗЗД).

43 Чл. 45. ЗЗД.

донет у складу са циљем у којем је ово овлашћење дато.⁴⁴ У овом поступку, међутим, управни суд не може својом одлуком утврдити, снагом пресуђене ствари, да је дискриминација извршена, већ ће ово питање решити као претходно питање и о њему се изјаснити у образложењу пресуде. Због тога ток управног спора, односно правноснажна пресуда којом је он окончан не представљају процесну сметњу за поступање по притужби због дискриминације јер није у питању *иста правна ствар*.

4.4. Однос поступка пред Повереником и уставносудских поступака

Право на недискриминацију штити и Уставни суд, спровођењем поступка контроле уставности и законитости закона и подзаконских аката и поступка по уставној жалби.

ЗЗД не садржи изричито правило о томе како Повереник треба да поступи ако утврди да је предмет притужбе дискриминаторно правило садржано у закону или подзаконском акту поводом кога је пред Уставним судом у току или је окончан поступак за оцену уставности и законитости тог закона, односно подзаконског акта.⁴⁵ Несумњиво је да се поступак по притужби не може спровести ако је њен непосредни предмет норма садржана у закону или подзаконском акту за коју је Уставни суд утврдио да је неуставна, односно назакономита. У том случају Повереник је дужан да обустави поступак, с обзиром да одлука Уставног суда има карактер пресуђене ствари и производи правне последице према свима (чл. 171. Устава). Теже је, међутим, одговорити на питање како Повереник треба да поступи ако је предмет притужбе дискриминаторна норма садржана у одређеном закону или подзаконском акту, а пред Уставним судом је у току поступак за оцену уставности, односно законитости тог закона, односно подзаконског акта, у којем се испитује да ли је та норма супротна прописима о забрани дискриминације.

Једно од могућих решења је да у том случају Повереник не може поступати јер је ток поступка пред Уставним судом сметња за спровођење поступка по притужби. Друго могуће решење је да у том случају треба применити одредбу члана 63. Закона о Уставном суду,⁴⁶ којим је регулисана дужност суда да застане са поступком и покрене поступак за оцену уставности или законитости ако се у току судског поступка постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом.

44 Чл. 24. Закона о управним споровима (*Сл. гласник РС*, бр. 111/2009).

45 Чл. 167. Устава.

46 Закон о Уставном суду (*Сл. гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011 и 18/2013 - одлука УС).

Сматрамо да има места аналогној примени правила из чл. 63. Закона о Уставном суду, те да је Повереник дужан, за случај да стекне сазнање да је закон или подзаконски акт на који се притужба односи већ предмет поступка за оцену уставности и законитости, да застане са поступком по притужби до окончања поступка пред Уставним судом и да након тога настави поступак по притужби. Негативна последица оваквог поступања огледа се у томе што може бити прекорачен рок од 90 дана, у којем је Повереник дужан да спроведе поступак по притужби.⁴⁷ Ако је предмет притужбе дискриминаторно правило садржано у закону, односно подзаконском акту, а поступак пред Уставним судом није покренут, не постоје сметње да Повереник спроведе поступак и да своје мишљење и препоруку јер ЗЗД не ограничава Повереника у могућности да даје мишљење и препоруке с обзиром на то ко је и како дискриминацију извршио.⁴⁸

ЗЗД изричито не регулише питање конкуренције поступка по уставној жалби и поступка по притужби, па се поставља питање како треба поступити у ситуацији када Повереник у току поступка сазна да је поводом исте повреде права на недискриминацију подносилац притужбе поднео уставну жалбу. Мишљења смо да се у том случају по притужби не може поступати. На овакав закључак упућује неколико чињеница.

Пре свега, услов за уставну жалбу јесте претходно спроведен парнични поступак, имајући у виду да се уставна жалба може изјавити само ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.⁴⁹ Према томе, с обзиром да је услов за уставну жалбу претходно спроведен парнични поступак, а окончани парнични поступак искључује поступак пред Повереником, ток поступка по уставној жалби индиректно искључује поступак пред Повереником.

С друге стране, на такав закључак упућује и језичко тумачење одредбе члана 36. став 1. ЗЗД, будући да законодавац забрану поступања Повереника везује за поступак пред судом. Поступак по уставној жалби јесте судски поступак, чији је предмет спор о томе да ли је одређеним

47 Чл. 39. ст. 1. ЗЗД.

48 Повереник је до сада издао већи број мишљења у којима је изнео став да су правила садржана у појединим уредбама и другим подзаконским актима дискриминаторна и доносиоцима упутио одговарајуће препоруке. Видети: Зборник мишљења и препорука Повереника за заштиту равноправности (2014), ур. Невена Петрушић, Београд: Повереник за заштиту равноправности, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/knjige/zbornik-mi%C5%A1ljenja-preporuka-i-upozorenja-poverenika-za-za%C5%A1titu-ravnopravnosti>.

49 Чл. 170. Устава.

актом, односно радњом органа јавне власти повређено (или ускраћено) уставом зајемчено људско, односно мањинско право. Одлуке Уставног суда којима је овај спор решен коначне су и имају снагу *res iudicata*, а сам Уставни суд јавља се као највиша (национална) судска инстанца у домену заштите уставом зајемчених права и слобода. У прилог закључку да се по притужби не може поступати ако се поводом повреде права која је предмет притужбе пред Уставним судом води поступак по уставној жалби произлази и из потребе да се онемогући паралелно вођење два поступка поводом истог акта дискриминације, што намећу и разлози целисходности и рационалности, као и потреба за правном сигурношћу. Њиме се отклања могућност заузимања дивергентних ставова о томе да ли је конкретним поступањем, односно пропуштањем извршена дискриминација, што је у интересу правне сигурности и очувања јединства правног поретка и поверења грађана у рад државних органа.

Приликом тумачења одредбе чл. 36. ст. 1. ЗЗД треба узети у обзир природу поступка по уставној жалби, дејство мериторних одлука које се у овом поступку доносе, као и негативне последице које би могле да настану ако би се чл. 36. ст. 1. ЗЗД уско тумачио, у смислу да се забрана поступања Повереника односи само на парнични поступак. Наиме, ако би се одредба члана 36. ст. 1. ЗЗД тако тумачила, то би, на пример, могло да доведе до тога да након доношења одлуке Уставног суда по уставној жалби којом је утврђено да није повређено право на недискриминацију, Повереник спроведе поступак и заузме другачији став. При томе је потребно имати у виду да се општеобавезност одлуке Уставног суда односи само на спорове о уставности (законитости) правних прописа, јер су они објективне природе, док су спорови по уставним жалбама субјективни спорови, па је и дејство одлука којима се ти поступци окончавају *inter partes*, с обзиром да се тичу само странака у поступку (Маринковић, 2013: 296).

Коначно, од значаја је и чињеница да чл. 89. ст. 1. Закона о Уставном суду овлашћује Уставни суд да одлуком по уставној жалби поништити појединачни акт, забрани даље вршење радње или одреди предузимање других мера или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода, као и да одреди начин правичног задовољења (Рајванчић, 2009: 219). Управо ова овлашћења су, поред осталог, и разлози због којих се уставна жалба, према јуриспруденцији ЕСЉП, сматра делотворним правним леком када су у питању повреде људских права и слобода.⁵⁰

50 Видети Одлуку Европског суда за људска права у предмету Винчић и други против Србије, бр. 44698/06 став 51, Retrieved 24, May 2007, from <http://www.zastupnik.mpravde>.

Због свега наведеног, уколико у току поступка по притужби Повереник утврди да се поводом исте ствари води поступак по уставној жалби или је он правноснажно окончан, дужан је да обустави поступак по притужби, без обзира у којој се фази он налази, и да о томе обавести подносиоца притужбе.

5. Закључак

У циљу обезбеђивања свеобухватне и делотворне заштите од дискриминације, законски прописи омогућавају да се поводом истог акта дискриминације паралелно или сукцесивно спроведе више антидискриминационих поступака. Један од антидискриминационих поступака јесте и поступак пред Повереником за заштиту од дискриминације, који се води по притужбама правних субјеката. Према Закону о забрани дискриминације, Повереник не може да поступа по притужби ако је по истој ствари у току или је правноснажно окончан судски поступак. Будући да закон не прецизира о ком је судском поступку реч, поставља се питање домета ове забране. Анализа која је у раду извршена показала је да се ово правило односи само на поступак у парници за заштиту од дискриминације, а не и на кривични и прекршајни поступак, нити на управни спор који се поводом истог дискриминаторног догађаја воде или су правноснажно окончани. С друге стране, ток поступка за оцену уставности и законитости закона, односно подзаконског акта поводом кога је Поверенику поднета притужба представља разлог за привремено обустављање поступка пред Повереником. У конкуренцији поступка по уставној жалби и поступка пред Повереником предност има поступак по уставној жалби. Сагласно томе, Повереник је дужан да обустави поступак ако утврди да се поводом повреде права на равноправност која је предмет притужбе већ води или је мериторно окончан поступак по уставној жалби.

Литература

Ammer, M. Crowley, N. Liegl, B. Holzleithner, E. Wladasch, K. Yesilkagit, K. (2010). Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Vienna, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014 from ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6454&langId=en

Brooks, J. Milatović, S. (2010). *Izveštaj o razvoju kapaciteta i institucionalnom jačanju službe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*. Beograd: UNDP

gov.rs/uploads/cr/presude/u-odnosu-na-rs/vincic-i-drugi-protiv-srbije-44698-06-i-dr./vincic_p_44698-06_sg.pdf

- Ćirić, J. (2011). Zločini iz mržnje: američko i balkansko iskustvo. *Temida*. 4 (14). 21-36
- Damaška, M. (1961). O pojmu istog dela za potrebe pravnosnažnosti. *Naša zakonitost*. 9-10. 109-120.
- Димитријевић, В. Поповић, Д. Папић, Т. Петровић, В. (2009). *Међународно право људских права*. Београд: Београдски центар за људска права
- Etinski, R. Krstic, I. (2009). *EU Law on the Elimination of Discrimination, Pogestei*. Belgrade: University of Belgrade
- Equality Bodies and National Human Rights Institutions - Making the Link to Maximise Impact, (2012) Equinet, the European Network of Equality Bodies, Bruxel, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014 from [http://www.equineurope.org/Equality-Bodies-and-National-Human Rights Institutions](http://www.equineurope.org/Equality-Bodies-and-National-Human-Rights-Institutions)
- Ђорђевић, Лј., Поповић, А. (2009). (ur.) *Vladavina prava – odgovornost i kontrola vlasti, Zbornik referata i izlaganja*. Београд: Фондација Конрад Аденауер
- Krusaa, N. M. *The role of equality bodies*. (2011). [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf
- Маринковић, Т. (2013). *Дејство одлука уставних судова*, (290-311) У Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права 1963-2013, Боса Ненадић (пр.). Уставни суд, Београд.
- Orlović, S. (2010). Nezavisna tela, četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti. U V. Pavlović, Z. Stojiljković (pr.), *Savremena država: struktura i socijalne funkcije* (231-269). Београд: Konrad Adenauer Stiftung, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Centar za demokratiju
- Рајванчић, М. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*. Београд: Фондација Конрад Аденауер.
- Павловић, С. (2012). Појам дискриминације, У Н. Петрушић (ур), *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације* (136-154). Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија
- Петрушић, Н. (2010). Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана, материјалноправни аспект. У *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*, св. 2, (157-170). Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу
- Petrušić, N. (2012). Procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama. *Pravni život*, Pravo i moral. 11(3). 905-922.
- Petrušić, N. Beker, K. (2012). *Praktikum za zaštitu od diskriminacije*. Београд: Partneri za demokratske promene

Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. (2014). *Коментар Закона о забрани дискриминације*. Београд: Правосудна академија

Poznić, B. Rakić Vodinelić, V. (Savremena administracija). *Građansko procesno pravo*. Београд: Savremena administracija

Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

Preporuka br. 2 ECRI od 13. juna 1997. godine, (97)36, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/u3/vesti-att/srb-cbc-iv-2011-021-srb.pdf>.

Станковић, Г. (2014). *Грађанско процесно право, Прва свеска, Парнично процесно право*. Београд: Мегатренд универзитет.

Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, Retrieved 24 May 2014 from <http://www.migpol-group.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>

Томић, З. (2009). *Опште управно право*. Београд: Правни факултету у Београду.

Triva, S. Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine

Uzelac, A. (2009). Postupak pred sudom. U Grgić, A. Potočnjak, Ž. Rodin, S. Selanec, G. Šimonović E. T., *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije* (ur. Tena Šimonović Einwalter) (93-105). Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske

Водинелић, В. В. (2012). Грађанскоправна заштита од дискриминације. У Н. Петрушић (ур.) *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*. (219-240). Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија

Зборник мишљења и препорука Повереника за заштиту равноправности (2014), ур. Невена Петрушић, Београд: Повереник за заштиту равноправности [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/knjige/zbornik-mi%20%20ljenja-preporuka-i-upozorenja-poverenika-za-za%20%20titu-ravnopravnosti>

Zupančič, B. M. (2011). Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci. *Crimen*. (II) 2. 171-180

Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Momčilo Grubač, LL.D.

Professor Emeritus,
Faculty of Law, Union University in Belgrade

**The Correlation between the Complaint Procedure
before the Commissioner for the Protection of Equality
and other Anti-discrimination Proceedings**

Summary

In the Republic of Serbia, the system of legal protection against discrimination includes various forms of protection within the normative framework of civil, criminal, misdemeanor and constitutional law, as well as the protection afforded by the Commissioner for the Protection of Equality as an autonomous and independent body specialized in combating discrimination. In order to ensure effective protection against discrimination, the Serbian legislation envisages the possibility of instituting a number of simultaneous or successive anti-discrimination proceedings pertaining to the same discrimination act.

In this paper, the author examines the correlation between the proceedings before the Commissioner and other anti-discrimination proceedings concerning the same discrimination incident which are either underway or have already been concluded. The author analyses the domain of application of the legal rule prohibiting the Commissioner to act upon a complaint if another proceeding on the same matter is either pending or has already been adjudicated in a court of law. The analysis shows that this rule applies only to anti-discrimination litigation proceedings but not to criminal and misdemeanor proceedings or administrative proceedings. If a discrimination complaint has been filed on the grounds of a discriminatory norm contained in some legislative or statutory act which is subject to judicial review for the assessment of its constitutionality and legality, the complaint procedure before the Commissioner is provisionally stayed until the completion of procedure before the Constitutional Court. The constitutional complaint procedure takes precedence over the complaint procedure before the Commissioner.

Keywords: discrimination, Commissioner for the Protection of Equality, anti-discrimination proceedings.

Др Саша Кнежевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.137.3

Рад примљен: 30.03.2014.
Рад прихваћен: 28.04.2014.

СУЂЕЊЕ У ОДСУСТВУ ОКРИВЉЕНОГ**

Апстракт: *Формирање уверења суда о одлучним чињеницама готово је немислииво без активне партиципације странака у доказном поступку на главном претресу. Присутвом странака и осталих процесних субјеката на главном претресу омогућава се непосредно сазнавање одлучних чињеница кроз исказе тих лица, али и кроз непосредан увид суда у материјалне изворе доказа.*

Утврђивање чињеничне основице судске одлуке биће отежано, ако кривичнопроцесне странке не присуствују главном претресу. Закоником о кривичном поступку Србије, предвиђени су инструменти за обезбеђивање присуства странака у кривичном поступку. Нарочито је важно омогућити присуство окривљеног у централној фази кривичног поступка. Међутим, понекад постоје важни криминално-политички разлози да се окривљеном суди и у одсуству, иако се тиме одступа од појединих важних процесних начела.

Кључне речи: *непосредност, одсуство, окривљени, суђење, малолетници; понављање кривичног поступка.*

1. Увод

Присуство окривљеног, од капиталне је важности за реализацију начела непосредности, али и других основних процесних начела. Иако исказ окривљеног првенствено служи као средство за остваривање функције одбране, законодавства се не одричу овог, врло важног извора доказа. С тим циљем, предвиђа се шири дијапазон мера за обезбеђење присуства окривљеног на главном претресу и у кривичном поступку уопште. Тим

* knez@prafak.ni.ac.rs

** Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

мерама ограничава се лична слобода окривљеног ради несметаног функционисања кривичног правосуђа.

Доказни поступак на главном претресу може бити лишен присуства окривљеног, у случају његовог недоласка на главни претрес у скраћеном кривичном поступку (недошавши окривљени), као и у случају бекства, односно недоступности окривљеног државним органима (одбегли окривљени), у редовном и скраћеном поступку. У поступку према малолетницима, није допуштено суђење у одсуству.

2. Историјат суђења у одсуству окривљеног

Историјски посматрано, суђење у одсуству (контумацијски поступак) развило се још у римском праву. Недолазак окривљеног пред надлежни државни орган (комицију), исходовао је, у раним фазама римског права, различитим правним консеквенцама. Уколико је окривљени себи обезбедио азил, зависно од процене комиције о умесности азила, поступак се могао окончати казном *aque et ignis interdictio*, која је повлачила и губитак имовине. Недолазак окривљеног пред комицију, резултирао је казном, уз одузимање имовине, а понекад и санкционисањем у виду *aque et ignis interdictio*.

Римско право у доба Царства, промовисало је процесно начело, по којем се, по правилу, несаслушаном окривљеном не може судити. Недолазак пред суд, и поред наређених мера процесне принуде, резултирао је издавањем три едикта, којима је окривљени позиван пред суд. Непојављивање окривљеног пред судом, након трећег едикта, за последицу је имало одузимање имовине. Окривљени је могао, у року од године дана од последњег едикта, да оправда свој недолзак, и тако, фактички, издејствује ново суђење. Протеком овог рока, конфисковано имање се више није могло повратити. Конфискација имовине окривљеног *de facto* је била мера одмазде због непослушности, а не казна за извршено кривично дело. Суштински посматрано, имовина окривљеног је одузимана, а, притом, кривична ствар није ни расправљена, а тиме ни пресуђена (Марковић, 1937: 547).

У раном средњовековном праву, одбегли окривљени су стављани ван заштите закона (*forbannitio*). Ова мера одмазде, због непослушности према властима, састојала се у стављању ван законске заштите личности и имовине одбеглог окривљеног, као и у забрани пружања помоћи.

Канонско право онемогућавало је стављање ван правне заштите одбеглог окривљеног, без претходног расправљања његове кривице. Против не-

доступног окривљеног вођена је истрага, а потом се пристипало суђењу. Из канонског права настао, инквизициони систем кривичног поступка, напуштањем тортуре, као неминовног пратиоца доказног поступка, промовисао је могућност суђења у одсуству. Притом, суђење *in contumaciam* било је могуће искључиво за тежа кривична дела. Смисао изречене казне која није могла бити извршена, огледао се у промовисању репресије као адекватног друштвеног одговара на противправно понашање.

Контумацијски поступак предвиђао се и француским *Code d' instruction criminelle* (1808). У зависности од врсте кривичног дела и надлежности суда, постојале су две врсте поступака. Недолазак уредно позваног окривљеног на главни претрес, против кога се кривични поступак водио због престопа или иступа, исходовао је суђењем у одсуству и доношењем пресуде. Против донете пресуде, окривљени је имао право на подношење протеста (*opposition*) којим се анулирало само постојање донете пресуде. Исто тако, уложени протест имао је дејство позива за следећи главни претрес. Међутим, недоласком окривљеног на нови главни претрес, раније донета пресуда се конвалидирала, и против ње није постојала могућност улагања протеста.

Суђење одсутном окривљеном, осумњиченом за извршење злочина, детаљно је регулисано постреволуционарним француским законодавством. Окривљени се налазио у стању контумације, уколико се није могао довести пред суд, као и ако се, у року од десет дана по саопштавању одлуке о стављању пред суд, не одазове на рочиште, или, пак, побегне. Последице недоласка на суд биле су губитак грађанских права и одузимање имовине, на основу одлука донетих у контумационом поступку. Резултат суђења у одсуству, започетог по протеклу рока од десет дана, могао је бити осуда или ослобађање од оптужбе. Сам контумацијски поступак водио се без поротника, као и без присуства браниоца окривљеног. Реализација начела непосредности суђења додатно је редукована одвијањем поступка на основу читања аката (*Ibid:548*).

Општи немачки кривични поступак немачке царевине (1877), промовисао је правило о немогућности суђења у одсуству окривљеног. Изузетно, ради постизања двају циљева, било је могуће контумацијско суђење. Најпре, суђење у одсуству било је могуће ради одржавања претреса и доношења пресуде из разлога целисходности, као и с циљем прибављања доказа, уколико окривљени накнадно постане доступан суду, или се сам касније јави. Вођење контумацијског поступка из разлога целисходности, било је могуће само против извршилаца најлакших кривичних дела, за која се могла изрећи новчана казна, или краткотрајна казна затвора (у трајању

до шест недеља). Поступак се, притом, могао водити искључиво ако је окривљени изостао са суђења, али не и уколико је побегао. Контумацијски поступак, вођен с циљем обезбеђења доказа, имао је карактер претходног поступка у односу на редовни кривични поступак који се покретао када се окривљени појавио пред судом.

Суђење у одсуству окривљеног изузетно је било могуће и у новоконституисаном законодавству Кнежевине Србије. Српски Законик о кривичном поступку, из 1865. године, изузетно је допуштао ову могућност. Да би суд, сагласно овом законском акту, водио кривични поступак у одсуству окривљеног, потребно је решавање двају питања. Најпре, потребно је да из утврђеног чињеничног стања произлази да је учињен злочин, и да, у конкретном случају, кривично дело изазива пажњу јавног мњења (чл. 314). Иначе, главни претрес против недошавшег окривљеног одвијао се уз учешће браниоца, а донета пресуда сматрала се коначном. Против окривљеног, који је у бекству, или је недостижан суду, пресуда донета у његовом одсуству имала је привремени карактер. Уколико би се окривљени, након доношења пресуде, појавио, пресуда се аутоматски укидала. То је произлазило из уверења тадашњег законодавца, да смисао контумацијског поступка није дефинитивно пресуђење кривичне ствари, већ тренутно задовољење интереса правичности и захтева јавног мњења (*Радуловић, 1981:136*).

3. Суђење у одсуству окривљеног у редовном кривичном поступку

У редовном кривичном поступку, изузетно је допуштено суђење у одсуству *одбеглог*, државним органима недоступног окривљеног. Суђење у одсуству *недошавшег* окривљеног није могуће. Наиме, ако се уредно позвани окривљени на главном претресу не појави нити оправда свој изостанак, биће принудно доведен. Суд може окривљеном, ако посумња да он очигледно избегава да дође на главни претрес, одредити притвор (чл. 211 ст. 1. тач. 1. ЗКП-а). Дакле, законодавац има ефикасне процесне механизме да недошавшег окривљеног примора да присуствује главном претресу.

Окривљени се сматра одбеглим, уколико је, из фактичких или правних разлога, недоступан државним правосудним органима. Немогућност суђења окривљеном може бити последица његовог бекства на територију која није обухваћена јурисдикционим подручјем домаћих судова. Притом, место боравишта окривљеног може бити непознато суду, али суд може и имати сазнања о адреси боравка окривљеног, а да страна држава одбије његово изручење.

Суђењу у одсуству може се приступити тек пошто су се мере, усмерене на проналажење окривљеног, показале неуспешним. То подразумева да су предузете све активности на сазнавању боравишта окривљеног, укључујући и ангажман органа унутрашњих послова на прикупљању обавештења од сродника, познаника и браниоца окривљеног. Асортиман средстава, уперених на проналажење окривљеног, може се проширити и издавањем потернице, као и тражењем помоћи од иностраних полицијских органа. За постојање бекства, као законског услова за могућност суђења у одсуству окривљеног, није довољно да органу кривичног поступка није позната адреса окривљеног. Наиме, адреса боравишта окривљеног не мора бити последица избегавања кривичног поступка, већ немара, честог мењања боравишта услед сезонског рада, избегавања неугодности због непоседовања одговарајућих административних дозвола (личних исправа, дозвола за рад, и слично). Бекство, у смислу постојања услова за контумацијско суђење, не постоји иако се зна да окривљени борави у одређеном месту, али се крије. Чињеница да се окривљени налази у бекству, мора бити проверена (*Васиљевић, Грубач, 2005:518*).

Одбијање домаћег држављанина да у иностранству прими позив за главни претрес, или његово неодазивање позиву нити оправдавање изостанка, не подразумева да је он недостижан државним органима. Стога, у овом случају, не би били испуњени услови за суђење у одсуству. У овим ситуацијама, најпре би требало затражити екстрадицију окривљеног, а тек по одбијању екстрадиције или немогућности изручења од умољене државе, створили би се услови за суђење у одсуству (*Ibid, 519*).

Против одбеглог окривљеног може се водити поступак у одсуству, не само фаза главног претреса, већ цео кривични поступак. Наиме, решење о вођењу кривичног поступка у одсуству може се донети и у претходном поступку. У том случају, од момента доношења решења о суђењу у одсуству окривљени добија браниоца, коме се доставља оптужница. Окривљеном, коме се суди у одсуству, не треба достављати оптужницу и пресуду, ни када је његово боравиште у иностранству познато суду.¹ Иначе, уколико се окривљени, у току суђења у одсуству, појави на главном претресу, наступиће редовно суђење у присуству окривљеног. У тој ситуацији, председник судећег већа има обавезу да окривљеног обавести о дотадашњем току главног претреса.

Без обзира на то да ли је окривљени у бекству или је, пак, недостижан, могу постојати објективни криминално-политички разлози за суђење у његовом одсуству. Најчешће се, у одсуству, суди извршиоцима најтежих кривичних дела, организованог криминалитета, као и презумптивним

1 *Одлуке Окружног суда у Београду, К 221/83 и ВСС, Кж. 393/84*

ратним злочинцима. Интерес државе, да процесуира извршиоце ових најтежих облика криминалитета, понекад, надмашује основне постулате правичног суђења, из којих произлази обавезно присуство окривљеног на суђењу. Осим тога, кривична осуда одбеглих извршилаца кривичних дела може имати и имовинске импликације. Она је основ прихватања евентуалног имовинскоправног захтева оштећеног, а сам чин покретања кривичног поступка може исходovati и привременим одузимањем имовине осумњиченог, или окривљеног. Трајно одузимање имовинске користи, проистекле из кривичног дела, настаје као последица изрицања одређене кривичне санкције окривљеном (казне, судске опомене, васпитне мере, и мере безбедности обавезног психијатријског лечења), укључујући и оног окривљеног, коме је суђено у одсуству. Стога, постоји интерес друштва, да се утврди основаност оптужбе против одбеглог окривљеног.

Суђење у одсуству окривљеног, може се одржати једино на иницијативу овлашћеног тужиоца. Да би суђење, у одсуству окривљеног, започело, неопходно је да првостепени суд решењем прихвати иницијативу овлашћеног тужиоца, при чему жалба, на одбијање иницијативе, не задржава извршење решења (чл. 381. ст. 3. ЗКП-а). Контумацијски поступак наступа уколико суд прихвати аргументовану иницијативу тужиоца и донесе решење о суђењу у одсуству. Ако суд не прихвати иницијативу тужиоца за суђење у одсуству окривљеног, тужилац може затражити прекид истраге. Међутим, ако недостижност окривљеног наступи након потврђивања оптужнице, главни претрес се не заказује, односно одлаже се све док окривљени не постане доступан државним органима (чл. 380. ст. 1).

Евентуална иницијатива самог одбеглог окривљеног, за суђење у његовом одсуству, нема правни значај. Изостанак иницијативе тужиоца, у том смеру, доводи до одлуке суда о одлагању главног претреса. Иако је логично да било који титулар функције оптужбе има право на иницирање поступка суђења у одсуству окривљеног, у судској пракси постоје и случајеви непризнавања овог права оштећеном као супсидијарном тужиоцу! (Вуковић, 2002: 274) У складу са редуковањем могућности наступања супсидијарне тужбе, сагласно новим законским решењима, оштећени може вршити функцију оптужбе ако јавни тужилац, по потврђивању оптужнице, одустане од гоњења одбеглог окривљеног.

Суђење у одсуству окривљеног могуће је и у случају удаљења првобитно присутног окривљеног са главног претреса услед недисциплинованог понашања, ометања рада суда или нарушавања реда. Ову меру суд може изрећи, пошто претходно окривљеном изрекне опомену или новчану казну (чл. 371. ст. 2. ЗКП). Удаљење је, по правилу, привремено, а ако је окривљени

већ саслушан на главном претресу, оно може трајати за све време трајања доказног поступка.

4. Међународноправна и упоредноправна реглментација суђења у одсуству окривљеног

Међународноправни документи о заштити људских права афирмишу право окривљеног на присуство поступку одлучивања о основаности оптужбе против њега. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, јасно наглашава да окривљени има право да присуствује расправи и да се сам брани (чл. 14. ст. 3д). Из ове одредбе не произлази могућност суђења у одсуству окривљеног. Међутим, према Генералном коментару Комитета за људска права (*Human Rights Committee*), у изузетним случајевима, када то захтевају „интереси правде“, могуће је суђење у одсуству (*trial in absentia*).² У случају суђења у одсуству окривљеног, потребно је окривљеног обавестити о случају и предузети све мере да се он благовремено појави пред судом, оспособљен и припремљен за одбрану (*Klerks, 2008: 12*).

Право окривљеног да присуствује суђењу, као претпоставка начела непосредности, прописано је и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (чл. 6. ст. 3ц). Међутим, из праксе Европског суда за људска права, произлази да Европска конвенција ипак допушта суђење у одсуству окривљеног. Суђење у одсуству окривљеног дозвољава се само у изузетним околностима, уколико су судске власти поступиле са дужном ревношћу, али нису могле обавестити особу о месту и датуму суђења.³ Суђење у одсуству може бити дозвољено у интересу спровођења правде у случају болести.⁴ Осим тога, суђење у одсуству окривљеног допуштено је све док оно не буде схваћено као „одрицање од могућности окривљеног да буде присутан на суду“. Суђење у одсуству представља само могућност, и то под условом да судска власт предузме све мере, да окривљеног обавести о поступку.

Када окривљени постане доступан суду, потребно је предузети мере за његово укључивање у поступак (*Starigyn, Selth, 2005:170-188*). Из одлуке Европског суда, у случају Thomann против Швајцарске, произлази,

² Комитет за заштиту људских права је тело, овлашћено за праћење поштовања обавеза држава, преузетих потписивањем Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

³ *Colozza против Италије*, 1985

⁴ *Ensslin et alia против Немачке* 14 DR 64

да суд, који је окривљеном судио у одсуству, није обавезан донетом одлуком. Обезбеђивањем присуства окривљеног стварају се услови за поновно разматрање случаја. Одступање од начела непосредности, и у виду могућности суђења у одсуству окривљеног, заступљено је и у многим упоредноправним системима. *Немачко право*, начелно предвиђа немогућност суђења без присуства окривљеног (*Starigyn et al., 2005:170-188*). Окривљени, притом, има обавезу да присуствује главној расправи. Уколико се окривљени ипак удаљи са расправе, а након прекида јој не приступи, поступак се може окончати у одсуству окривљеног. Услов је да је окривљени претходно био саслушан, а да његово даље присуство није неопходно (§ 231. StPO). Намерни или скривљени изостанак окривљеног с главне расправе за последицу има вођење расправе у одсуству одбеглог окривљеног, без обзира на то што претходно није саслушан. Окривљени се накнадно може укључити у одвијање главне расправе, све до почетка објављивања пресуде. У тој ситуацији, предочиће му се најбитнији резултати дотадашњег тока расправе. Одлука о суђењу у одсуству, доноси се закључком против којег је дозвољена хитна жалба, која има суспензивно дејство (§ 231 а. StPO). У јединственом кривичном поступку, против више саокривљених, поједини окривљени могу се удаљити са дела главне расправе (§ 231 с. StPO).

Главна расправе може се одржати у одсуству окривљеног, и у случају да је окривљени уредно позван и упозорен на могућност суђења у одсуству, а не очекује се изрицање новчане казне, у већем износу, или ако поступак може бити окончан изрицањем судске опомене, условне осуде, затим забраном управљања моторним возилом (уколико је окривљени у позиву упозорен на ову могућност), одузимањем имовинске користи, или одузимањем, уништавањем, или чињењем неупотребљивим средстава за извршење кривичног дела (§ 232. StPO). У случају, да се, у конкретном кривичном поступку, могу изрећи ове кривичне санкције, као и казна затвора до шест месеци, окривљени може бити и ослобођен обавезе присуствовања на главној расправи. Притом, он мора бити саслушан, од овлашћеног или замољеног судије (§ 233).

Суђење у одсуству окривљеног, допушта и *француско* право. Окривљеном, коме се на терет ставља извршење злочина као најтежег кривичног дела, може се судити у одсуству. Када окривљени постане доступан суду, стичу се услови за понављање суђења, започетог или окончаног у његовом одсуству. *Енглеско* право, исто тако, омогућава суђења у одсуству окривљеног, за најтежа кривична дела (*Ibid*). У праву САД-а, окривљени има право на физичко присуство у току суђења (*Marcus & Whitebread, 2008:161*). Међутим, он може, својим понашањем, манифестовати намеру за одрицање од овог

права. Одривање од права на физичко присуство може бити испољено својеволјним напуштањем суђења од окривљеног. У том случају, кривични поступак се наставља у одсуству окривљеног.⁵ То произлази и из америчких Федералних правила кривичног поступка (*Federal Rules of Criminal Procedure*, п. 43). Окривљени се не може својеволјно вратити на суђење, већ може захтевати да суд утврди да напуштање расправе не представља вид добровољног одривања од права на физичко присуство, у току суђења. Суђење се може одвијати у одсуству окривљеног, и ако он истрајава у непримереном понашању према суду, па, стога, буде удаљен са сопственог суђења. Окривљени, притом, може бити враћен у судницу, ако се касније сагласи са правилима судске дисциплине (*Marcus et al.*, 2008:162).

5. Суђење у одсуству у скраћеном поступку

Законске претпоставке, за одржавање главног претреса у скраћеном (сумарном) поступку, омогућавају одвијање ове, централне, фазе поступка, и без присуства кривичнопроцесних странака. Осим што се тиме одступа од начела непосредности, онемогућава се и реализација начела контрадикторности.

Главни претрес у скраћеном поступку може се одржати и у одсуству недошавшег окривљеног. Услови за одржавање главног претреса, без непосредног саслушања окривљеног, јесу: а) да се оптуженом суди за кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године; б) да је окривљени уредно позван; в) да присуство окривљеног није нужно; г) да је окривљени, пре главног претреса, био саслушан (чл. 507. ст. 2. ЗКП-а). Претходно саслушање окривљеног, притом, може бити обављено приликом вршења појединих истражних радњи, на раније одржаном главном претресу, који је одложен или прекинут или пред вишим судом, пре него што се огласио ненадлежним (*Грубач*, 2009:498).

Судска пракса углавном респектује законске одредбе о суђењу у одсуству недошавшег окривљеног. То се нарочито односи на претходно испитивање окривљеног, као услова за одступање од начела непосредности, у доказном поступку (на главном претресу у скраћеном поступку).⁶ Међутим, у судској пракси може настати проблем због чињенице да законска одредба о суђењу у одсуству окривљеног није изричито предвидела ову могућност и за *одбеглог* окривљеног. Проблем се огледа у чињеници да за суђење, у одсуству одбеглог окривљеног, није неопходно претходно саслушање (које, уосталом, најчешће и не би могло бити реализовано). Поставља се

5 Одлука у случају *Taylor v. United States*, 414 U. S. 17 (1973).

6 Одлука Окружног суда у Београду, Кж. 34/91, и Одлука Савезног суда, Кас. 13/95.

питање, да ли се због изостанка експлицитне законске одредбе, не може судити у одсуству окривљеног, који је недоступан суду, а терети се за извршење кривичног дела, за које се води скраћени поступак. Наиме, упркос чињеници да је окривљени оптужен за извршење кривичног дела, за које се води скраћени поступак, не може се искључити постојање „нарочито важних разлога“ да му се суди у одсуству. Основ за суђење одбеглом окривљеном у скраћеном поступку представља одредба чл. 495. ст. 1. Законика о кривичном поступку Србије, која допушта супсидијарну примену осталих законских одредаба (осим одредаба чл. 496-520. ЗКП-а, које регулишу одвијање скраћеног поступка), укључујући и одредбу чл. 381. Законика о кривичном поступку. Сходно томе, и окривљеном, који *није претходно саслушан*, може се, у скраћеном поступку, судити у одсуству, ако су испуњени законски услови из чл. 381. ст. 2. Законика о кривичном поступку! Неопходно је, притом, да постоје нарочито важни разлози за суђење без присуства окривљеног. Судска пракса поступала је на овај начин, при чему се могућност наступања застарелости кривичног гоњења, услед евентуалног изостанка суђења у одсуству окривљеног, третирао, као нарочито важан разлог, предвиђен као основ за суђење без присуства окривљеног (чл. 381. ст. 2. ЗКП-а). Дакле, због опасности од наступања застарелости, може се, и у скраћеном поступку, судити у одсуству окривљеног, иако он претходно није саслушан.⁷

6. Забрана суђења у одсуству малолетника

У поступку према малолетницима, забрањено је суђење у њиховом одсуству (чл. 48. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица), чиме је доследније реализовано начело непосредности. Присуство малолетника на главном претресу је обавезно, али није неопходно на седници већа. Наиме, уколико се поступак пред већем за малолетнике одвија у седници већа, обавезно је присуство јавног тужиоца, браниоца малолетника, и представника органа старатељства (чл. 73. ст. 3. ЗМ-а). Пошто законодавац није сврстао малолетника у круг лица, чије је присуство на седници већа неопходно, тиме је манифестована идеја да присуство малолетника седници већа није обавезно. Стога, ако малолетник не присуствује седници већа, неће постојати битна повреда одредаба кривичног поступка. Претпостављени *ratio legis* овог законског решења огледа се у чињеници да је малолетник, претходно, присуствовао припремном поступку, те се одлука може донети

⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз. 12/10, од 14. 04. 2010. године, утврђена на седници Кривичног одељења, 25. 06. 2010. године, *site: www.vk.sud.rs*.

без његовог присуства. Судија за малолетнике има само обавезу да малолетнику саопшти одлуку, донету на седници већа (чл. 73. ст. 4. ЗМ-а).

Сви субјекти кривичног поступка према малолетницима, дужни су да, при предузимању радњи којима малолетник присуствује (нарочито при његовом саслушању), поступају обазриво, водећи рачуна о личности малолетника и заштити његове приватности. То је неопходно како се не би штетно утицало на развој малолетника (чл. 48. ст. 2. ЗМ-а). Ова обавеза, учесника у поступку према малолетницима, нарушена је, примера ради, ако је суд, у првостепеној пресуди, донетој у редовном кривичном поступку, осим имена пунолетног окривљеног, навео и имена малолетних саучесника (Перић, 2005:130).

Забрана суђења у одсуству, важи и за млађа пунолетна лица, а под законом предвиђеним условима (чл. 51. ст. 3. ЗМ-а), и у јединственом поступку за малолетнике и пунолетна лица.

У немачком праву, релативизована је забрана суђења у одсуству малолетника. Одредбама § 50. ЈГГ-а, позива се на аналогну примену одредаба о суђењу у одсуству пунолетних окривљених, ако за то постоје разлози и сагласност државног тужиоца. Прописује се и могућност искључења с главне расправе малолетника, али и родбине, законског заступника и васпитача малолетника (§ 50. ЈГГ-а). Из ових законских одредаба, не може се закључити да ли се с главне расправе истовремено могу удаљити малолетник и његов законски заступник. Уколико би то био случај, одступило би се од начелне обавезе присуствовања малолетника на главној расправи, а тиме и од начела непосредности. Забрана суђења у одсуству малолетника, између осталог, егзистира и у хрватском (чл. 48. ст. 1. Закона о судовима за младеж) и македонском праву (чл. 90. Закона о малолетничкој правди).

7. Понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног

Правноснажна судска одлука, донета без присуства окривљеног, резултат је доказног поступка, спроведеног уз одсуство реализације појединих основних процесних принципа (контрадикторности, усмености, непосредности). Последица тога је недовољна ваљаност чињеничне конструкције пресуде, утемељене на доказима проистеклим из ангажмана овлашћеног тужиоца. Одсуство партиципације окривљеног у доказном поступку, нужно ограничава валидност чињеничне основице пресуде, донете у контумацијском поступку. Стога, потребно је предвидети адекватан

процесни механизам за преиспитивање чињеничне и правне заснованости правноснажне пресуде, произашле из суђења у одсуству окривљеног. То законодавац чини предвиђањем могућности понављања кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног (осуђеног).

Осим понављања кривичног поступка мотивисаног мањкавости чињеничне конструкције правноснажне пресуде, законодавац предвиђа и могућност понављања кривичног поступка, окончаног у одсуству осуђеног. Законски услов за овај вид понављања кривичног поступка иницијатива је самог осуђеног или његовог браниоца у том смеру, у року од шест месеци, од дана наступања могућности за суђење у присуству окривљеног (чл. 480. ст. 1. ЗКП-а).

Почетак рока за наступање могућности суђења у присуству окривљеног, претходно осуђеног у одсуству, поклапа се са моментом лишења слободе. У осталим ситуацијама, када се осуђени добровољно јави суду, с иницијативом за понављање кривичног поступка, питање рока *de facto* је ирелевантно. Неопходно је да осуђени у пуном опсегу постане доступан суду. Стога, понављање кривичног поступка није могуће, ако је окривљени захтев за понављање кривичног поступка упутио из иностранства.⁸

За понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног, није неопходно да је донета пресуда постала правноснажна. Међутим, у судској пракси било је случајева одбацивања захтева за понављање кривичног поступка услед преурађеног захтева, поднетог пре правноснажности пресуде донете у контумацијском поступку (*Vasiljević et al., 2005: 733*). Доношење решења о овом случају понављања кривичног, није у функционалној надлежности суда правног лека. Уколико би захтев за понављање био поднет у поступку по жалби, поступак би требало обуставити и вратити предмет првостепеном суду који ће одлучити о поднетом захтеву. Логика налаже, да би, у овој ситуацији, окривљени могао сачекати окончање поступка по жалби, а потом иницирати понављање кривичног поступка.

Уколико установи да је захтев за понављање основан, суд, који је у првом степену судио у одсуству окривљеног, решењем дозвољава понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног. Након правноснажности овог решења, обуставиће се извршење казне, али се, на иницијативу јавног тужиоца, може одредити притвор. Дозвољавајући понављање кривичног поступка, суд је обавезан да окривљеном достави оптужницу, као окосницу наступајућег суђења. Међутим, суд може одлучити и да се решавање кривичне ствари врати у фазу истраге,

⁸ Одлука Округног суда у Београду, Кв. 1175/78, од 26. 10. 1978. године

прекинуте бекством окривљеног. Спроведена истрага, притом, може резултирати подизањем оптужнице, којом ће се иницирати нови главни претрес, али и обуставом кривичног поступка у овој фази. Обустављена истрага у поновљеном кривичном поступку за последицу има укидање пресуде, донете у одсуству окривљеног.

Поставља се питање, да ли наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења може онемогућити понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног. Током времена, став судске праксе и правне доктрине по овом питању био је различит. У ранијем периоду, када се кривични поступак могао поновити и на штету осуђеног, различит је био и утицај апсолутне застарелости на могућност понављања кривичног поступка, с обзиром на чињеницу у чијем се интересу подносио захтев за понављање кривичног поступка. Стога се у раније важећим законским текстовима изричито прописивало да се захтев за понављање кривичног поступка у корист осуђеног може поднети без обзира на застарелост кривичног гоњења. Позитивно право предвиђа могућност подношења захтева за понављање кривичног поступка, и у случају да је наступила застерелост (чл. 471. ст. 2. ЗКП-а).

Чињенично утемељење става судске праксе да је за подношење захтева за понављање кривичног поступка, правноснажно окончаног у одсуству окривљеног, ирелевантно наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења, огледа се у околности да се у овом поступку не иницира ново кривично гоњење. Оно је окончано правноснажном пресудом, донетом у одсуству окривљеног. Понављање кривичног поступка у моменту наступања доступности окривљеног (осуђеног), и то на његову иницијативу, представља чин преиспитивања чињеничне утемељености правноснажне пресуде. Пошто је неспорно да је овај вид понављања кривичног поступка могућ искључиво у корист осуђеног (укључујући и ранији нормативни оквир, који је дозвољавао понављање и на штету осуђеног), јасно је да би евентуална апсолутна застарелост кривичног гоњења била ирелевантна. Супротан приступ судске праксе, према коме је пропуштање законодавца да изричито пропише да се захтев за понављање кривичног поступка окончаног у одсуству може поднети, без обзира на застарелост, значи да наступање апсолутне застарелости гоњења може онемогућити понављање контумационог поступка (*Стојановић 1985: 750-751*).

Овај став лишен је логичког утемељења. Наиме, немогуће је објаснити околност, да се неспорна, законом регулисана ирелевантност дејства апсолутне застарелости кривичног гоњења на могућност подношења захтева за понављање кривичног поступка (условно речено, на основни

вид поступка иницираног овим ванредним правним леком), не може аналогно примењивати и на могућност понављања поступка окончаног у одсуству окривљеног. Поготово, стога, што је понављање контумацијски вођеног поступка могуће, по природи ствари, искључиво у корист осуђеног. Иначе, могућност понављања кривичног поступка искључиво у корист окривљеног (осуђеног) представља очигледну процесну концесију ове кривичнопроцесне странке, која спада у тзв. *favor defensionis*. (Кнежевић, 2009:647-660).

Приликом изрицања нове пресуде, донете у кривичном поступку поновљеном у присуству окривљеног, суд је везан забраном *reformatio in peius*. То значи, да се у односу на кривичну санкцију и правну квалификацију кривичног дела, садржаним у пресуди донетој у одсуству, не може погоршати позиција окривљеног (Кнежевић, 2006:903). Против новодонете пресуде могуће је изјављивање редовних и ванредних правних лекова, укључујући и подношење захтева за понављање кривичног поступка.

8. Закључак

Постулати правичног суђења могу бити ограничени предвиђањем изузетне могућности суђења без физичког присуства окривљеног. Контумацијски поступак има легитимитет и легалност, све док не анулира могућност накнадног укључивања окривљеног у кривични поступак. Јуриспруденција Европског суда за људска права налаже постојање инситуционалних механизма за поновно разматрање случаја, којим се може анулирати одлука донета у одсуству окривљеног.

Законик о кривичном поступку Србије поштује међународноправне стандарде суђења у одсуству окривљеног, предвиђене међународноправном регулентацијом, искристалисане праксом Европског суда за људска права. Потпуној компатибилности законске регулативе допринела би експлицитна норма о могућности суђења у одсуству одбеглог окривљеног и у скраћеном кривичном поступку. Иначе, адекватан процесни механизам за преиспитивање чињеничне и правне утемељености правноснажне пресуде, произашле из суђења у одсуству окривљеног, заокружио би се јасним законским одређењем ирелевантности застарелости гоњења на могућност иницирања понављања кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног (осуђеног).

Литература

Васиљевић, Т., Грубач, М. (2005). Коментар Законика о кривичном поступку, десето измењено и допуњено издање. Београд: Јустинијан

Вуковић, С. (2002). Коментар Законика о кривичном поступку са судском праксом, регистром појмова и обрасцима. Београд: Пословни биро Доо

Грубач, М. (2009). Кривично процесно право. Београд: Службени гласник

Klerks, A. (2008). Tilburg University, LLM International and European Public Law Master Thesis, ANR 908200, site: www.icsforum.org/library, приступ 14. 02. 2014.

Кнежевић, С. (2006). Забрана *reformatio in peius* у кривичном поступку. Правни живот, тематски број, Право и хумана будућност. бр 10. стр. 899-909

Кнежевић, С. (2009). „Преимућства одбране“ у поступцима преиспитивања правоснажне пресуде. Правни живот, тематски број, Право и време. бр. 9. стр. 647-661

Marcus, P., Whitebread C. (2008). *Criminal Procedure*, seventeenth edition. Chicago: Thomson West

Марковић, Б. (1937). Уџбеник судског кривичног поступка. Београд: Геца Кон

Перић, О. (2005). Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Београд: Службени гласник

Радуловић, Д. (1981). О суђењу у одсуству окривљеног у кривичном поступку. Зборник Правног факултета у Мостару. бр 2-3. стр. 131-148

Starigyn, S., Selth, J. (2005). Cambodia and the Right to Present: Trials in Absentia in the Draft Criminal Procedure Code. *Singapore Journal of Legal Studies*. J.L.S. 170. p. 170-188.

Стојановић, С. (1985). Понављање кривичног гоњења осуђеном у одсуству и апсолутна застарелост кривичног гоњења. Правни живот. бр. 6-7. стр. 750-761.

Saša Knežević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Nš

TRIAL IN *ABSENTIA*

Summary

The active participation of parties and other procedural subjects in trial proceedings is essential for the exercise of the principle of immediacy. The presence of parties and other subjects in the presentation of evidence is essential in the process of fact-finding and deciding on the admissibility of evidence, either by hearing testimonies or examining the presented material evidence.

The international instruments on human rights' protection promote the right of the defendant to participate in the proceedings involving charges raised against him/her. Although the defendant's testimony is primarily used as a tool for the effective operation of the defense, legislations do not refute this highly important source of evidence. The defendant's presence in trial is highly important for the exercise of the immediacy principle and other basic procedural principles. The process of determining the factual grounds is further aggravated if the parties are not present in court proceedings. Consequently, legislations provide a wide range of measures to ensure the defendant's presence in criminal proceedings.

The Serbian Criminal Procedure Act provides the instruments for securing the presence of parties in criminal proceedings. It is particularly important to ensure the presence of the defendant in the central stage of the criminal proceedings. Yet, there are sometimes significant criminal and political reasons for the defendant to be tried in *absentia*, which implies a divergence from some important procedural principles. The presentation of evidence and fact-finding may ensue even without the defendant's physical presence in the proceedings in case of the defendant's default (failure to appear) in summary proceedings and in case where the defendant is a fugitive from justice or unavailable to public authorities (either in summary or in regular trial proceedings). Trial *in absentia* is not allowed in trials involving minors.

Keywords: immediacy, trial in *absentia*, defendant, trial, minors, re-trial.

Др Предраг Цветковић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 330.322.16:347.74

Рад примљен: 31.03.2014.

Рад прихваћен: 29.04.2014.

УГОВОРНИ РЕЖИМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА: SUI GENERIS КАРАКТЕР КАО ПОСЛЕДИЦА ХОЛИСТИЧКОГ ПРИСТУПА**

Апстракт: Процес стварања опште интелектуалне платформе за јавно-приватна партнерства заснован је на холистичком (целовитом) приступу. Холистички се приступ заснива на разумевању ЈПП-а као дијалога приватног и јавног сектора у циљу стварања новог квалитета реализације јавног интереса. Приватни и јавни интерес имају се посматрати не партикуларно, већ у контексту динамике ЈПП-а као целине. Аргументација за прихватање холистичког приступа као јединствене интелектуалне платформе ЈПП-а лежи у потреби да резултат имплементације пројекта јавно-приватног партнерства буде нови квалитет остваривања јавног интереса. Холистички приступ огледа се и у уговорном режиму јавно-приватног партнерства. Ови уговори имају *sui generis* карактер. Описани карактер непосредно се испољава у релационим уговорима као инструменту уређивања односа јавног и приватног партнера. Код ових уговора, стране из разлога економске неисплативости или фактичке немогућности не дефинишу *ex ante* потпуно жељене резултате уговора. Фокус ових уговора је, пре свега, на циљевима и разлозима његовог закључивања и обезбеђењу простора за развијање односа заснованог на поверењу и солидарности који иду изван граница оригиналног споразума. Одредбама релационих уговора утврђују се заједничка очекивања и установљавају механизми који ће се користити да би алоцирали ризици, трошкови и користи уговорача.

* pericvetkovic@gmail.com

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

У крајњем, релациони уговори у функцији ЈПП-а служе лимитирању опортунистичког понашања једне и друге стране.

Кључне речи: *Јавно-приватно партнерство, холистички приступ, sui generis карактер, релациони уговори.*

1. Уводна разматрања

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership*; даље и: „ЈПП“) оквир је решавања тензије између јавног и приватног сектора, а у циљу подизања квалитета установљавања, реализације, заштите и развоја јавног интереса (Цветковић, П, Миленковић-Керковић, Т, 2011: 758-759). Описану тензију генерише супротност њихових базичних карактеристика. Јавни сектор је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Приватни сектор заснован је на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Наведена разлика кључна је за разумевање структурирања и реализације јавно-приватног партнерства. Трансформација односа јавног и приватног интереса од супротстављених ка паралелним и конвергирајућим (уз одговарајуће рефлектовање ове трансформације у правном оквиру ЈПП-а отелотвореном у уговору о јавно-приватном партнерству) остварује се кроз:

- примену холистичког приступа као методолошког оквира анализе ЈПП-а;
- *sui generis* уговорима о јавно-приватном партнерству чије се карактеристике разликују од класичних уговорних инструмената.

2. „Холистички“ приступ као методолошки оквир јавно-приватног партнерства

Јавно-приватном партнерству као феномену неупитног економског, социјалног, политичког и правног значаја на националном, регионалном и универзалном плану, неопходан је шири методолошки оквир. Такав оквир потребан је за дефинисање структуре и принципа анализе наведеног института. Описани процес, за потребе овог рада условно назван „стварања опште интелектуалне платформе“ за јавно-приватна партнерства има два правца.

Први правац назива се „полицентричним“ и почива на премиси да ЈПП није подобан за апстраховање кроз форму универзално применљивих принципа (независно од визуре анализе: правне, социјалне, економске,

политичке и слично). Носећи аргумент описаног приступа јесте да ЈПП има различите еманације: стога се једино кроз праксу, *in concreto*, могу дефинисати карактеристике сваког од појавних облика јавно-приватног партнерства. Илустративни пример описаног приступа јесте аргументација Гудриг Веихе (*Weihe*, 2009: 15-16), која на следећи начин објашњава због чега није могућа (чак је и сувишна) холистичка (целовита) дефиниција јавноприватног партнерства:

„(...) постоје различита разумевања и коришћење појма ЈПП-а. Термин обухвата, на пример, краткорочне и дугорочне уговорне аранжмане, заједничке подухвате и мрежне односе између јавних и приватних актера, једнако као и опште мере којима се установава јавна политика у одређеној области. Из истог разлога нити је остварљиво нити је целисходно постојање опште и аргументоване дефиниције ЈПП-а која би обухватила различите варијације односа јавног и приватног партнера које појам јавно-приватног партнерства данас обухвата. Екстензивност такве дефиниције обесмислила би је, што покушаје у том смислу смешта изван оквира логичног (...)“.

Уз пуно поштовање за аргументе којима се образлаже прихватање полицентричне концепције као „опште интелектуалне платформе“ ЈПП-а, анализа у овом раду заснована је на холистичком (целовитом) приступу и тези о прожимању и конвергенцији јавног и приватног интереса (при чему је прихватање холистичког приступа ЈПП-у само један је од видова промене парадигме односа јавног и приватног сектора кроз примену јавно-приватног партнерства.¹ Аргументација усвајања холистичког приступа лежи у следећем: приватни и јавни интерес имају се посматрати не партикуларно, већ у контексту динамике ЈПП-а као целине. Описана динамика није условљена само интересима јавног и приватног актера. Она

1 Остале три промене парадигме јесу: а) примена парадигме абдуктивног акључивања у доношењу одлука поводом ЈПП-а (абдуктивно закључивање, за разлику од индуктивно-дедуктивног метода, закључак доноси на основу „најбољег објашњења“ односно на основу „принципа заједничког узрока“); б) значајан утицај парадигме знања (засноване на епистемолошком приступу) која функционише паралелно са (за уговоре са јавним партнером уобичајеном) парадигмом хијерархијске или економске моћи: на име, усклађивање јавног и приватног интереса интереса није првенствено засновано на структури и интензитету преговарачке „моћи“ и позиције јавног и приватног актера, већ на специфичним знањима једне и друге стране која су међусобно комплементарна; в) промена парадигме интеракције јавног и приватног партнера: уместо стандардизоване интеракције базиране на хијерархијском односу, однос јавног и приватног актера помера се у правцу транслативног односа у смислу преноса знања описана промена парадигме произилази из предности парадигме знања над парадигмом хијерархијске моћи описане под б). Видети више у: Цветковић, П, 2014-1: 16-17.

је детерминисана и интересима трећих лица (корисника услуга), потом, широм политичком констелацијом, економско-социјалним окружењем, (не)постојањем традиције учешћа приватног сектора у реализацији јавног интереса (изостанак тзв. „институционалног памћења“) и слично.

Суштински, холистички се приступ заснива на разумевању ЈПП-а као дијалога приватног и јавног сектора у циљу стварања новог квалитета реализације јавног интереса. Дијалог може бити успешан уколико:

- приватни сектор искорачи из модела стриктно економског размисла заснованог на принципу увећања профита;
- јавни сектор уважи чињеницу да остваривање јавног интереса мора бити засновано, барем делом, и на економској одрживости (уз структуром, обимом и субјектима дефинисано уважавање социјалне компоненте), с крајњим циљем подизања квалитета остваривања јавног интереса.

На овом месту, у бинарну конструкцију ЈПП-а укључује се и „дивилни“ („трећи“) сектор. Укључивање овог сектора оправдано је чињеницом да улога организација и тела која му припадају могу имати важан корективни значај за реализацију јавних циљева због којих се ЈПП установљава.²

Холистички приступ, базиран на претпоставци о динамици и важности питања која ЈПП концепт ангажује, уз значајне последице (економске, политичке, социјалне) (не)успешне имплементације конкретног пројекта, основ је за координацију и галванизацију интереса актера јавно-приватног партнерства (Цветковић, П, 2014-2:3-4).³

Аргументација за прихватање холистичког приступа као јединствене интелектуалне платформе ЈПП-а лежи у:

- новом квалитету („додатој вредности“) остваривања јавног интереса као резултату имплементације ЈПП пројекта;
- хијерархијској константи као у крајњем исходишту ЈППа.

² Основни методолошки закључци и запажања присутни у раду, међутим, релевантни су како за бинарну, тако и (mutatis mutandis) трипартитну конструкцију ЈПП-а.

³ Описана тензија између јавног и приватног актера ЈПП-а (првог који има за циљ заштиту јавног интереса, и другог који је усмерен ка остваривању профита), превазилази се двостепеном структуром усаглашавања конкурентних интереса. Први степен овог усаглашавања чини координација јавног и приватног партнера. Други степен обухвата конкретно и директно усклађивање наведених интереса на начин који ствара нови квалитет односа јавног и приватног сектора (за ову фазу користи се назив „галванизација“ интереса јавног и приватног сектора). О координацији и галванизацији јавног и приватног интереса видети више у: Цветковић, 2014-2:1-14.

2.1. Нови квалитет остваривања јавног интереса као аргумент за холистички приступ

Холистички приступ омогућава да се међусобном интеракцијом оствари нови квалитет (додата вредност) јавног интереса. Три су појавна облика ове додате вредности: економска, социјална и политичка.

Холистички приступ ЈПП-а најпре је базиран на „економској додатој вредности“. Наиме, кроз ЈПП, као вид оптималног управљање јавним ресурсом, штити се не само јавни, већ и партикуларни приватни интерес. Штета у коришћењу јавног ресурса, у крајњем, штети сваком појединцу. Таква ситуација настаје, на пример, уколико је јавни партнер, дефинишући услове подобности приватног партнера за учешће у поступку избора најбоље понуде за реализацију конкретног јавно-приватног партнерства, изостави обавезу заинтересованих учесника да у случају да коришћена технологија постане превазиђена (застарела) током трајања пројекта, такву технологију замене новом. За јавног партнера ово је „позната непознаница“ (е. „known unknown“⁴ Цветковић, П, 2014-2: 6-7 *passim*). Јавни партнер, који је превидео или потценио ризик превазиђености коришћене технологије, трпи економски губитак који се механизмима буџетског располагања преваљује на друштво у целини.

Други сегмент додате вредности чини „социјална додата вредност“. Јавно-приватно партнерство, спроведено на законом предвиђени начин доприноси интегритету социјалног поретка. То чини отклањањем или смањивањем потенцијала за корупцију (*Arrowsmith, S, 2011: 5*). Интегритет социјалног поретка доприноси реализацији принципа да ЈПП има за циљ да обезбеди највишу могућу вредност за уложене социјалне ресурсе (инфраструктуру, природна богатства и слично): уколико је овај интегритет угрожен корупцијом, неће бити прихваћена најповољнија понуда (посматрано кроз визуру интереса јавног партнера, кој такав јавни интерес штити и остварује).⁵ Штета која настаје због прихватања понуде која није економски најповољнија јесте штета друштву у целини. Стога су транспарентност, недискриминација и очување деловања

4 Енглески израз „позната непознаница“ (е. „known unknown“) преузет је из епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД, Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице (оне за које се зна); познате непознанице (е. „known unknowns“), то јест то су чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице (е. „unknown unknowns“), односно чињенице за које се и не зна да постоје. У контексту овог рада описана трипартитна подела користи се за описивање нивоа знања јавног партнера о ЈПП пројекту.

5 Више о конкурентним циљевима поступка јавне набавке *infra* у напомени 10.

закона конкуренције од кључног значаја за успешну реализацију јавног интереса кроз концепт ЈПП-а. Са друге стране, описани захтеви не би требало да неутрализују или елиминишу спекулативни елемент ЈПП-а (елемент који је у основи мотива приватног актера као партнера у ЈПП-у). Принцип „*saveat emptor*“ не може да буде суспендован у контексту јавно-приватног партнерства. Норме којима се штити интегритет социјалног система (норме којима се забрањује дискриминација или штите закони конкуренције) не могу да служе заштити очекивања „врлине“ друге стране, већ, пре свега, остваривању права, санкционисању обавеза и поштовању одговорности укључених страна (*Kohls/Christensen*, 2002: 223-234).⁶ У том смислу, очекивања од уговорних страна да се понашају кооперативно и солидарно (пре свега од приватног партнера, чији је вредносни систем усидрен у опортунном приступу) имају своје лимите у начелима деловања закона конкуренције.

Трећи сегмент додате вредности јесте „политичка“ додата вредност. Политичка додата вредност рефлектује се кроз:

- унапређење креирања и спровођења политике реализације и заштите општег интереса;
- координацију различитих политика (економска, социјална, образовна, научно-истраживачка, заштите животне средине);
- легитимизацију иновативне праксе у решавању питања од јавног интереса;
- мобилизацију ресурса јавног сектора у циљу промоције парадигме знања (засноване на епистемолошком приступу) над парадигмом хијерархијске или економске моћи (изједначавање нивоа преговарачке

⁶ Католички теолог Тома Аквински илустровао је разлику између врлине и дужности на примеру дилеме трговца житом. следећим питањем: да ли је трговац житом, потпуно свестан да у блиској будућности предстоји раст тражње за житом и, као последица, његове више цене, треба да својим продавцима саопшти ову информацију, или би има могућност да легитимно профитира из њиховог незнања те да на тај начин оствари економску добит. Одговор на ово питање требало би да пође од претпоставке да је цонтра легем наносити штету другоме. Ипак, та дужност не обухвата обавезу да се другоме помогне саветом или на други начин који води лишавању компетитивне предности. Појединац неће бити у обавези да у анализи својих пословних потеза узме у обзир пословне интересе свих учесника на тржишту. Такав је захтев немогуће испунити. *Mutatis mutandis*, описана морална дилема је присутна данас у дефинисању садржине правног оквира ЈПП-а: како „убедити“ приватног партнера (упркос његовом хабитусу) да у обзир узме не само његове легитимне интересе за профитом, већ и (за ЈПП конститутивне) јавне интересе. Видети: *Kohls/Christensen*, 2002: 223-234.

„моћи“ јавног са приватним партнером развијањем сопствене експертске базе јавних актера, *Bovaird, Tony 2004: 200*).⁷

Из горе наведеног може се закључити да у првом сегменту додате вредности (економска додата вредност) доминира интерес приватног партнера, док у друга два (социјална и политичка додата вредност) преовлађује интерес јавног партнера. Описани је закључак само услован: у светлу конкретних околности, а уз примену холистичког приступа, различити појавни облаци „додате вредности“ и инструменти њихове реализације преплићу се и међузависни су.⁸

Холистички приступ прихваћен је и у правном систему Републике Србије. Наиме, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, 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 (е. „*value-for-money*“, у складу са Методологијом коју је усвојила Комисија за ЈПП).⁹ Из ове и других одредби Закона о ЈПП-у може се закључити да примена методологије процене „вредности за новац“ узима у обзир не само економске параметре, већ и квалитет услуга, допринос развоју људских ресурса јавног сектора и квалитету „јавних политика“ *etc.*¹⁰ Уколико је резултат примене описане методологије да је

7 Видети *supra* напомену 1.

8 Тако изостанак економског успеха приватног партнера има за резултат смањењу социјалну и политичку додату вредност; то смањење не мора бити непосредно и промтно. На пример, уколико приватни актер није остварио добит из ЈПП-а због неадекватног, неправичног и несолидарног односа јавног партнера, то се не мора одразити на конкретан пројекат (јавни партнер може наћи новог приватног партнера). Описани однос, међутим, готово извесно ће утицати на перцепцију јавног партнера (државе) од стране шире (националне и међународне) пословне заједнице, до мере да у будућим ЈПП пројектима приватни партнер тражи виши ниво осигурања сопственог интереса. Такво осигурање има своју економску цену која се на крају преваљује на грађане.

9 Видети чл. 27. ст. 2. тач. 2. Закона о ЈПП и концесијама („Службени гласник РС“ бр. 88/2011). Комисија за јавно приватно партнерство, у складу са овлашћењима која су јој дата Законом о концесијама и ЈПП, усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства („*Value-for-Money*“) у јавно-приватном партнерству и концесијама. Текст методологије доступан је на сајту Комисије за ЈПП: <http://www.ppp.gov.rs>.

10 Наведена ширина критеријума за оцену подобности понуде приватног партнера за реализацију ЈПП-а видљива је и у другим одредбама Закона о ЈПП и концесијама. Тако је предвиђено да „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

ЈПП инфериоран у односу на друга два метода развоја делатности од јавног интереса (кредитно задуживање и коришћење унутрашњих, сопствених „in-house“ ресурса за описану сврху), одлука о реализацији ЈПП пројеката требало би да буде негативна.

2.2. Хијерархијска константа

У прилог „холистичког“ приступа говори и чињеница да је ЈПП у свом исходишту има за примарни интерес реализацију користи за ширу заједницу (а не реализацију ужих интереса). Наиме, одговорни јавноправни ентитети имају обавезу да установе стандарде за вршење јавних служби и заштиту јавног интереса, без обзира на то да ли се овај интерес штити од стране приватног или јавног сектора. Ова особеност пружања јавних услуга дефинише се као „хијерархијска константа“ јавног сектора и релевантна је и за област јавно-приватног партнерства. Јединствено исходиште, дакле, условљава и целовити приступ ЈПП феномену. Са друге стране, наведена хијерархијска константа не сме бити у функцији остваривања криптомонопола јавних тела над делатностима од општег интереса: приватни сектор има право на остваривање свог интереса, на начин који је комплементаран и конвергентан јавном интересу (Ђирић, А, Цветковић, П, 2012: 618-627).¹¹

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 („Сл. гласник РС“ бр. 124/2012)..

11 Једна од последица хијерархијске константе, као карактеристике ЈПП-а, значајна је улога процедуре јавних набавки. Ова процедура начајно ограничава могућност избора приватног партнера утврђивањем одређених критеријума. Стога, поступак јавних набавки има за последицу ограничавање домета релационих уговора на којима ЈПП почива (више о релационим уговорима видети *supra* у тач. 3. 1) . Наиме, карактеристика циљева јавног тендера је да су често у супротности један са другим. Да би се ова тензија одговарајуће решила, суштински је важно да се идентификују и разумеју преферирана хијерархија између циљева јавне набавке: принципа једнакости; економске ефикасности; заштите од корупције. Тако, када је најбоља понуда која је дата као одговор на услове јавне набавке погрешна (на пример, због малог закашњења у подношењу, недостатка потписа, изостанка одређених тражених документа због пропуста), јавни службеник мора да бира између две опције: а) да одбаци понуду због недостатка, или да б) недостатак занемари и прихвати је. Горе наведена дилема рефлектује конфликт између два циља јавног тендера: да се подржи принцип правичности и једнакости (који се имплементира кроз испуњење обавезе да се понуде третирају једнако - у горе наведеном случају опција а), или да се предност да принципу економске ефикасности (и тиме омогући испуњење обавезе државе-јавног партнера да обезбеди ефикасно коришћење јавних фондова, чему води горе наведена опција б). Уколико се принцип једнакости сматра важнијим него принцип ефикасности,

3. *Sui generis* карактер уговора о јавно-приватном партнерству

Уговори о ЈПП-у називају се уговорима *sui generis* (у литератури се користи и назив „хибридни“ уговори; Heldeweg, M. A: 2013). Тиме се означава њихова повезаност како са јавноправним, тако и са приватноправним канонима и правилима: наиме, кроз јавно-приватно партнерство преламају се радње, чињенице и аспекти који могу имати јавноправну (ефикасна реализација јавног интереса) или приватноправну конотацију (извршење уговора на економски оправдан начин). Оба наведена приступа имају своју рефлексију у уговорима о јавно-приватном партнерству. Наведена карактеристика уговора о ЈПП непосредна је потврда оправданости холистичког (целовитог) приступа као интелектуалне платформе за анализу јавно-приватног партнерства. Једино такав (а не партикуларни, полицентрични приступ) може да обухвати комплекс сложених социјалних, техничких, економских и правних питања која ангажује пројекат ЈПП-а. Описаном приступу кореспондира *sui generis* структура уговора који је правни оквир реализације јавноприватног партнерства.

Sui generis правни дизајн уговора о ЈПП-у има за циљ да обезбеди, омогући остваривање јавног интереса кроз реализацију пројекта јавно-приватног партнерства. Однос јавног и приватног интереса у сваком конкретном случају јединствен је, и по правилу, у значајној мери (због карактера пројекта) непредвидив у исходу. Могућност да ЈПП-а да као правна конструкција *sui generis* „узме најбоље од оба света“ (заштиту јавног интереса и солидарност из јавног сектора, односно предузетничку логику из приватног) не остварује безусловно. Вероватноћа реализације описане могућности зависи од тога да ли правила јавноправног и приватноправног карактера међусобно конвергирају на начин који омогућава да оквир ЈПП-а функционише ефективно (са жељеним резултатом креирања додате вредности) и легитимно (са прихватањем њихове обавезности).

Све горе наведено условило је одређене одлике уговорног режима јавноприватног партнерства, што је предмет излагања које следи.

боља понуда ће се одбити, чак и када ефикасност трансакције због тога трпи. Са друге стране, уколико је принцип ефикасности важнији, прећи ће се преко недостатка или дозволити његово исправљање, чак и уколико кршење принципа једнакости значи примену различитих стандарда на различите понудиоце. Разумевање циљева механизма јавног тендера и њихов релативни значај је стога кључан за сналажење одговарајуће солуције за ову заједничку дилему. Видети: Dekel, O, 2013:241-253)

3.1. Уговори о јавно-приватном партнерству као релациони уговори

Уговорни основ јавноприватног партнерства, у светлу *sui generis* структуре односа јавног и приватног партнера има карактер релационог уговора (о појму релационог уговора видети више у: *Macneil, I, 1978: 886-900*).

За разумевање релационих уговора погодан је метод негативног дефинисања: они нису идентични са класичним уговорним механизмима. Класични уговори су дизајнирани за сингуларне трансакције између две стране. Карактерише их начелна ирелевантност идентитета страна. Трансакција је ограничена временски (одвија се симултано), при чему се један тип трансакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у већем броју између различитих учесника на тржишту (типичан пример је уговор о продаји). Класични уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање уговора (што није увек случај код ЈПП-а). Оне су, стога, у позицији да *ex ante* дефинишу услове трансакције. Карактеристике трансакције и обавезе сваке стране елабориране до мере да су последице извршења или неизвршења предвидљиве у моменту закључења: стога је могућа *ex post* процена степена испуњења тих обавеза (или кршења уговора). Око садржине ових последица не ствара се конфликт. Конфликт постоји једино у погледу питања испуњености услова за наступање последица повреде уговора (санкције) у конкретном случају. Евалуацију те испуњености врше врше судови или арбитраже. У крајњем, постоји сигурност страна да ће уговором заснована права бити заштићена од стране независног трећег субјекта. Такву заштиту и спровођење омогућавају горе наведене карактеристике класичних уговора.

У описану конструкцију класичних трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми који реализују у условима подложним промени (такви су на пример уговори о страним инвестицијама). Релациони уговори се разликују од класичних уговорних трансакција у следећим карактеристикама.

Прво, релациони уговори су некомплетни споразуми. Ради се о споразумима који дефинишу трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно (до мере да обесмишљава уговор) ex ante уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности уговора, односно њихово ex post верификовање и дефинисање (од стране арбитраже или суда) у циљу контроле ових уговора и њиховог спровођења. Релациони уговор је базиран на резултату који стране (за разлику од класичних уговора) не могу у потпуности предвидети ex ante (на супрот томе, код класичних уговора

попут уговора о продаји, на пример, ефекат продаје је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу). У том смислу, кауза обавезивања код релационих уговора је релативно флексибилна.¹² Стога, релациони уговори остављају простор да стране своје ново знање о конкретној ситуацији адаптирају у оквир сопственог уговорног односа.¹³

12 Видети *supra* напомену 4. Степен „непознатих непознаница“ код релационих уговора знатно је већи него код класичних уговора. Релациони уговори трају дуже, комплекснији су и сензитивнији на различите промене окружења у коме функционишу. Описана ситуација се може илустровати примером пројекта из области водоснабдевања. Јавни партнер зна шта хоће од уговора (на пример код водоснабдевања циљ је ефикасније снабдевање, виши ниво квалитета воде уз одржање цена), али не зна све параметре, методе и средства којима би те циљеве остварио (неретко, осим информација, нема ни довољно знања због недовољног капацитета јавног партнера). Ситуација је једноставнија код приватног партнера, чији је циљ лако мерљив и јасно дефинисан. Имајући у виду описану карактеристику „некомплетности“, уговор о ЈПП из области водопривреде мора да буде довољно еластичан или да садржи механизме који ће омогућити ефикасне накнадне измене.

13 Ниво знања актера није задати параметар. Он се може кроз адекватну процедуру повећати, проактивним деловањем актера базираним на свести о остваривању конвергентних циљева. Пример овог процеса је поступак конкурентског дијалога у избору приватног партнера. О поступку конкурентског дијалога видети више у Цветковић П: 2014-2: 4-8. Однос квалитет и обима знања јавног и приватног партнера код ЈПП-а назива се „асиметричност“ информација. У већ коришћеном примеру водоснабдевања јавни партнер је у предности у односу на приватног јер располаже знањем о квалитету постојеће инфраструктуре за водоснабдевање, њеној распрострањености, доступности и сл. Локалне самоуправе имају сопствено („приватно“) знање о квалитету инфраструктуре (пумпе, цевоводи, систем мерења); ово „знање“ добија на тежини имајући у виду да је испитивање квалитета структуре за водоснабдевање превелики финансијски терет за приватног партнера, уколико је уопште и могуће (за разлику од, на пример, електричних централа, цевоводи су углавном испод земље, што отежава процену). Приватни партнер, за разлику од јавног, поседује посебна знања у погледу начина финансирања и технолошког аспекта пројекта из области водоснабдевања. Јавни партнер, пак, не зна за технолошке могућности приватног партнера и структуру његових трошкова, нити ниво продуктивности (што су све 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 уколико између страна преовлада принцип сарадње. 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 интересе у покушају да за себе извуку најповољнији могући резултат. Више о асиметрији информација у контексту јавно-приватног партнерства видети у Цветковић П, 2013:241-255. Више о карактеристикама ЈПП-а у области водоснабдевања видети у: Цветковић, П/Здравковић, У (2012).

Друго, стране релационог споразума не дефинишу детаљне планове деловања. Фокус је, пре свега, на циљевима и разлозима уговора, те начелима која су широко примењива у случају околности које имају карактер „непознатих непознаница“.¹⁴ Да би се такве околности превазишле а уговор опстао, стране из уговора развијају однос који генерише планирање, поверење и солидарност који иду далеко изван граница оригиналног споразума (*Bird, R, 2005:151*). Одредбама релационих уговора утврђују се заједничка очекивања, уз установљавање механизма који ће се користити да би се донела одлука или алоцирали, ризици, трошкови и користи страна од реализације уговора.

Треће, постоје празна поља у структури релационих уговора. Постојање празнина резултат је следећег приступа уговорних страна: уместо да користе приступе који стоје на екстремним половима уговорних техника (остављање тих простора нерегулисаним, са једне, односно ригидно дефинисање, са друге стране, које је као што је већ речено немогуће, односно финансијски захтевно до мере да обесмишљава уговор), стране релационог споразума теже да установе ефикасне процедуре које ће обезбедити одређену флексибилност релационих споразума (преговарање, заједничке органе за праћење споразума, утврђивање минималних и максималних параметара за оцену испуњености уговорних обавеза попут висине цене за производ или услугу коју испоручује пројекат јавно-приватног партнерства).

Релациони уговори у функцији ЈПП-а служе лимитирању опортунистичког понашања једне и друге стране, развоју њихове сарадње и размени информација. Реч је о уговорима који су идиосинкратични-јединствени (за разлику од класичних уговора који могу бити и типски и формуларни).¹⁵ Уговори о јавно-приватном партнерству морају ускладити принцип хијерархије на који се наслања јавни партнер (високи ниво административне контроле и непостојање економског подстицаја) са принципом тржишног пословања на коме почива логика приватног партнера. За ЈПП је важно да се систем подстицаја који постоји у приватном сектору (као елемент који недостаје јавном сектору) имплементира у конкретан уговор о јавно-приватном партнерству: у овој имплементацији лежи кључ за реализацију циљева пројекта јавно-приватног партнерства у питању.

¹⁴ Видети *supra* напомене 4 и 12.

¹⁵ О типским и формуларним уговорима видети више у: Ђирић, А, 2010:83-85.

Литература

Чланци

Bird, R.C (2005) „Employment as a relational contact“. University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law, 8.

Цветковић, П (2014) „Јавно-приватно партнерство као оквир усклађивања јавног и приватног интереса: методолошка разматрања“, Годишњак Правног факултета у Бањој луци, бр. 36-2014, стр. 9-29 (наведено као Цветковић П, 2014-1)

Цветковић, П (2014) „Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури“, Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу (у штампи), стр. 1-14 (наведено као Цветковић П, 2014-2).

Цветковић П (2013) “Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства“, Тематски зборник радова, Правни факултет Ниш, страна 241-255.

Цветковић, П/ Миленковић-Керковић, Т (2011) Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања, Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2011. - Бр. 4-6 (2011), стр. 758-770.

Цветковић, П/Здравковић, У (2012), Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије-полазна разматрања, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 63(2012), стр. 147-168.

Kohls, J., Christensen, S. L (2002) „The Business Responsibility for Wealth Distribution in a Globalized Political Economy: Merging Moral Economics and Catholic Social Teaching. Journal of Business Ethics, 35(3), 2002, стр. 223-234.

Macneil, I (1978) “Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law“. Northwestern University Law Review 72, 854–905.

Ђирић, А/ Цветковић, П (2012) „Јавно-приватно партнерство између ‘хијерархијске константе’ и ‘нове етике’ друштвених односа“: Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2012. - Бр. 4-6 (2012), стр. 618-627.

Ђирић, А (2010) „Међународно трговинско право: општи део“, Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Електронски извори

Arrowsmith, S (2011), „Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules”, in Public Procurement Regulation: An Introduction, ed. S. Arrowsmith., **стр. 1-33, доступно на:**

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, приступљено **11. Априла 2012;**

Bovaird, Tony (2004) “Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice”, International Review of Administrative Sciences, Vol 70(2):199-215” доступно на: Graduate Institute Geneva Home page, <http://graduateinstitute.ch>, приступљено 10. априла 2012).

Dekel, O (2008) „The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, Public Contract Law Journal, Vol. 37, No. 2, 2008, доступно на: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182. Приступљено 20. септембра 2013.

Heldeweg, Michiel A (2013) “Hybrid regulation as a legal design challenge”, 107-139, доступно на . <http://doc.utwente.nl>, приступљено 7. јануара 2014.

Weihe, G. (2009). Public-Private Partnerships: Meaning and practice (Doctoral dissertation, Copenhagen Business School Copenhagen Business School, Department of Business and Politics Department of Business and Politics), доступно на <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/7734>, приступљено 1. јуна 2012.

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Contractual Framework of Private-Public Partnership: The *sui generis* Nature of PPP as a result of the Holistic Approach

Summary

The holistic (comprehensive) approach to the methodological framework for the analysis of public-private partnership is essential presumption for the transformation of the public and private interests from the conflicting ones to the parallel and convergent ones. Private and public interests are to be regarded not as the divided particulars but as the element of the dynamics of PPP as a whole. The holistic approach facilitates interaction which brings new “added values” in the exercise of the public interest by using the PPP construction: economic, social and political. This concept allows the PPP to “take the best of both worlds” (the protection of the public interest and solidarity from the public sector, and the entrepreneurial logic from the private sector). In light of the *sui generis* structure of mutual relations between the public and the private partner in the PPP framework, the contractual basis of public-private partnership has the character of relational contracts.

Relational contracts differ from traditional contracting mechanisms. The parties to traditional contracts have equal information at their disposal, which enables them to define *ex ante* the terms of the transaction insofar as the consequences of performance or non-performance are anticipated at the time of contract conclusion. On the other hand, relational contracts are incomplete agreements: the parties to relational contracts mutually agree that it is impossible or economically inefficient to define *ex ante* the possible difficulties and circumstances of the transaction at issue (which is possible in classical contracts). In this respect, in relational contracts the rationale for commitment is relatively flexible.

The public-private partnership agreement is a relational contract. Relational contracts within the PPP framework limit the opportunistic behaviour on both parties and promote the development of their co-operation and exchange of information. Relational contracts are idiosyncratic (unlike traditional contracts which may be standardized and embodied in a specific legal form). Public private partnerships agreements have to align the principle of hierarchy on which the public partner has based its activities (a high level of administrative control and the lack of economic incentives) with the principles of market economy underpinning the logic and the operation of the private partner.

Keywords: Public-Private Partnership, holistic approach, *sui generis* nature, relational contracts.

Др Драган Јовашевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.211.6

Рад примљен: 01.02.2014.

Рад прихваћен: 15.04.2014.

ПОЛИТИКА СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА** **- основни појмови -**

Апстракт: У савременој правној, политиколошкој и безбедносној литератури на различите начине одређују се појам и садржина политике сузбијања криминалитета као научне, али и апликативне дисциплине. У основи ових различитих схватања налазе се разлике у полазним становиштима зависно од тога: 1) да ли је то „само“ научна (академска) дисциплина, 2) да ли је то практична, свакодневна активност надлежних државних и других органа, 3) да ли је то делатност супротстављања криминалитету као скупу најопаснијих људских понашања којима се повређују или угрожавају најзначајнија лична и друштвена добра и вредности, односно 4) да ли је то делатност сузбијања свих облика противправних понашања (криминалитета, али и других облика деликвенције – привредних престапа и прекршаја). Управо о овим питањима говори овај рад.

Кључне речи: криминална политика, сузбијање, кривично дело, превенција, репресија.

1. Појам и карактеристике политике сузбијања криминалитета

О појму и садржини политике сузбијања криминалитета у правној теорији не постоји јединствено и опште прихваћено схватање. Иако политика сузбијања криминалитета као део укупне друштвене (државне) политике има историјски дугу традицију, она се релативно касно, тек у 19. веку, издвојила и обликовала као самостална научна и примењена дисциплина. Сматра се да је термин „криминална политика“ за одређивање организоване друштвене политике у циљу сузбијања криминалитета први употребио

* jovas@prafak.ni.ac.rs

** 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.

1804. године Анселм Фојербах у свом раду: „Versuch einer Kriminaljurisprudenzes Kogan“. Но, у литератури се могу пронаћи и таква схватања да је овај термин ипак први употребио Хенке 1800. године (Милутиновић, 1984: 127). О појму, садржини и карактеристикама политике сузбијања криминалитета јасно се разликују два схватања: а) старија и б) новија схватања (Кокољ, Јовашевић, 2011: 12-13).

Једну од првих дефиниција политике сузбијања криминалитета као научне дисциплине дао је Анселм Фојербах, један од главних теоретичара „класичне школе кривичног права“, 1847. године. Фојербах под појмом политике сузбијања криминалитета говори о „државној мудрости казненоправне законодавне делатности“, односно, о дисциплини која је дужна да предложи измене у законодавству и организацији кривичног правосуђа. Нешто другачију дефиницију политике сузбијања криминалитета дао је Франц фон Лист 1905. године. Под овим појмом он схвата „системски разрађене садржаје научних истраживања узрока злочина и резултата прописивања и примене казни у борби против њега“. Најкраћа је дефиниција која потиче из немачке литературе, а дата је у првој половини 20. века. Према овом тумачењу политика сузбијања криминалитета означава заједништво свих државних мера у борби против криминала (Horvatić, 2003: 23).

И у новијој правој литератури се на различите начине одређују појам и садржина политике сузбијања криминалитета као научне, али и апликативне дисциплине. У основи ових различитих схватања налазе се другачија полазна становишта, зависно од тога да ли се одређује као: 1) „само“ научна (академска) дисциплина, 2) практична, свакодневна активност надлежних државних и других органа, 3) делатност супротстављања криминалитету као скупу најопаснијих људских понашања којима се повређују или угрожавају најзначајнија лична и друштвена добра и вредности, односно или 4) делатност сузбијања свих облика противправних понашања (криминалитета, али и других облика делинквенције – привредних преступа и прекршаја). У наставку ћемо изнети најзначајнија схватања о појму и карактеристикама политике сузбијања криминалитета аутора са простора бивше СФР Југославије.

Најбројнија су схватања која политику сузбијања криминалитета сматрају као научну дисциплину, било да је део науке кривичног права, део опште науке о политици или као самостална наука, чему се и ми приклањамо.

Тако М. Радовановић одређује политику сузбијања криминалитета као научну дисциплину која омогућава целисходно коришћење постојећих инструмената у борби против криминалитета. Истовремено, то је наука, која на бази утврђених сазнања и резултата спроведене анализе предлага

мере за ефикасније сузбијање криминалитета, примењујући, при томе, и учења ванправних наука (Радовановић, 1975: 31).

Ж. Хорватић под овом научном дисциплином схвата обједињујућу интердисциплинарну научну организацију и систем деловања државне законодавне, извршне и судске власти, те вандржавних институција које планираним и смишљеним системом мера и поступака делују у сузбијању делинквенције, односно криминалитета. Та се политика у научном осмишљавању и извршењу дели на: 1) превентивне и 2) репресивне садржаје. Репресивни садржаји су нормирани кривичним правом. Због тога је кривично право централни део политике сузбијања криминалитета. Но, ипак је погрешно становиште које, према теоретичарима кривичног права, политику сузбијања криминалитета види само као део кривичног права и која делује првенствено *ante delictum* (Horvatić, 2003: 23-24).

П. Новоселец криминалну политику сврстава као научну дисциплину у оквиру „језгра“ кривичноправних наука. Модерна криминална политика настоји да уравнотежи превенцију и репресију као основна средства којима се кривично право служи у борби против криминалитета. При томе, овај аутор разликује: 1) криминалну политику у ужем смислу – то је научна дисциплина која тражи одговор на питање како треба усмерити кривично право да би се најбоље осигурала заштита основних друштвених вредности. Она критички испитује постојећи систем инкриминација у кривичном закону (законику) и кривичне санкције и тражи нове путеве којима ће се повећати ефикасност кривичног права, а да се истовремено не доведу у питање основна људска права. Овако схваћена криминална политика је у сагласности са реформом позитивног кривичног права, дакле, кривичним правом какво оно треба да буде (*de lege ferenda*) и 2) криминалну политику у ширем смислу – коју назива „социјална профилакса“. То је укупност државних мера којима се жели сузбити девијантно понашање (смањење незапослености, стамбена изградња, осигурање различитих облика социјалне помоћи, сузбијање алкохолизма и наркоманије, добра организација полиције и сл.). Овако схваћена криминална политика представља практичну (апликативну) делатност. На тај начин, она се јавља само као део опште политике која се спроводи у друштву у одређеном временском периоду (Novoselec, 2004: 23-24).

Б. Петровић и Д. Јовашевић одређују политику сузбијања криминалитета као правну научну дисциплину која прати примену кривичног права и његов успех у сузбијању криминалитета, односно, прати примену појединих средстава и метода у казненој политици и даје критичку оцену о корисности или некорисности тих средстава и метода у сузбијању и спречавању

различитих облика и видова криминалитета. Њен је задатак, дакле, да на бази оваквог научног анализирања и проучавања даје сугестије и предлоге за увођење нових средстава и метода, за примену ефикасније казнене политике путем реформе кривичног права или за увођење нових организационих облика друштвене реакције против криминалитета (Petrović, Jovašević, 2005: 98).

На сличан начин, појам, карактеристике, функцију и садржину криминалне политике или политике сузбијања кажњивих радњи одређују В. Грозданић и М. Шкорић. Према овим ауторкама (Grozđanić, Škorić, 2009: 11), криминална политика је интердисциплинарна научна дисциплина која планираним и смишљеним системом мера делује на законодавну, судску и извршну власт, као и на извандржавне институције у циљу сузбијања криминалитета. Да би ова научна дисциплина остварила свој циљ (сврху), она нужно мора да познаје криминалитет. Зависно од начина сузбијања криминалитета, криминална политика се дели на: 1) превентивну криминалну политику – коју чини скуп мера, средстава и поступака (друштвена акција) које се предузимају пре извршења кривичног дела (*ante delictum*). То су мере којима је циљ да се отклоне или умање узроци који подстицајно делују на учиниоце кривичних дела и 2) репресивну криминалну политику - коју чини друштвена акција (као скуп различитих мера, средстава и поступака), која се предузима после учињеног кривичног дела, када је нечије правно (лично или друштвено) добро већ повређено или угрожено предузетом радњом извршења кривичног дела (*post delictum*). Ова политика репресије се састоји у изрицању и извршењу кривичноправних санкција.

Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић под криминалном политиком подразумевају научно истраживање сврсисходне превентивне и репресивне делатности у сузбијању појава криминалног понашања. У њеном су инструментаријуму посебно наглашене телеологијске и деонтологијске компоненте. При томе је посебно важан њен део који укључује казнену политику (Pavišić, Grozđanić, Veić, 2007: 20).

3. Стојановић одређује политику сузбијања криминалитета као научну дисциплину која је, иако део науке кривичног права, данас све самосталнија научна дисциплина која се бави изучавањем свих облика друштвене реакције на криминалитет. Као практична делатност, она представља рационалну и организовану делатност која је усмерена на сузбијање криминалитета. У оквиру овако схваћене дисциплине, разликују се њена два основна дела. То су: 1) криминална политика у ужем смислу – која се још назива и кривичноправна политика. Она прати и проучава примену кривичног права у сузбијању криминалитета, каква је примена

кривичних санкција и других кривичноправних мера, како кривично право одговара постављеним идеалима, те каква му је будућност и 2) криминална политика у ширем смислу - која се бави применом не само кривичног права, већ и свим другим средствима и мерама које су подобне за сузбијање криминалитета (Стојановић, 2005: 68).

Другу групу схватања чине одређења политике сузбијања криминалитета као двојачке дисциплине: а) научне, али и б) апликативне, практичне делатности државних и друштвених органа у циљу сузбијања свих врста и облика криминалитета и других кажњивих понашања.

Тако, Љ. Лазаревић политику сузбијања криминалитета (или криминалну политику) схвата у двоструком значењу, и то као: 1) друштвену делатност која је усмерена на остваривање постављених циљева (што се још назива и практична димензија криминалне политике) и 2) научну дисциплину која истражује, анализира и иницира мере друштвеног реаговања на криминална понашања. Узета у апликативном значењу, криминална политика тако обухвата систем свесно планираних и координиранх друштвених делатности које су усмерене на заштиту друштва од криминалитета. У овом смислу схваћена она представља саставни део опште политике одређеног друштва (Лазаревић, 1986: 25).

М. Милутиновић, под криминалном политиком (политиком сузбијања криминалитета) схвата организовано вођење борбе против криминалитета у смислу његовог све успешнијег сузбијања и спречавања, односно све већег потискивања из друштва све до потпуног елиминисања. То је, дакле, теоријско-емпиријска дисциплина која има две димензије. То су: 1) теоријска и 2) практична димензија. Теоријска димензија криминалне политике се односи на теоријско конципирање криминалне политике, као кохерентног и разрађеног система реаговања на друштвено опасна понашања, које се остварује у складу са друштвеном стварношћу и на основу резултата научне мисли у области криминологије, социологије, социјалне патологије, кривичног права и других наука и коришћења постојећих искустава на бази њиховог вредновања. Практична димензија криминалне политике обухвата осмишљавање и спровођење у живот друштвених акција, метода и мера – превентивног или репресивног карактера – на основу изграђене теорије о циљевима криминалне политике и могућности које пружа друштвена стварност. То је, у ствари, спровођење у живот кривичних и профилактичних средстава, односно, друштвено превентивних мера, као и усмеравање администрације кривичног правосуђа и других државних и друштвених органа и тела у правцу успешног спровођења у живот метода и мера практичне криминалне политике (Милутиновић, 1984: 135).

Н. Мрвић Петровић под криминалном политиком схвата науку која има за циљ да предложи одређене мере у оквиру кривичноправних прописа, као и да укаже на испитивање одређених кривичноправних решења. Како друштвена акција усмерена на спречавање криминалитета и других друштвено нежељених понашања може бити предузета и пре извршења кривичног дела, али и после њега, тако и криминална политика може бити двојачко схваћена, и то као : 1) политика превенције и 2) политика репресије. Међутим, између ове две политике нема оштре разлике, јер и примена репресије према учиниоцу кривичног дела треба да делује превентивно према свим другим члановима друштва – потенцијалним учиниоцима кривичних дела. Поред појма криминална политика, Н. Мрвић Петровић користи и појам „казнена политика“ као политику кажњавања тј. избора и одмеравања казне. Она се, дакле, односи искључиво на политику репресије (Мрвић Петровић, 2005: 28).

У правној теорији постоје и схватања која изједначују појам „политике сузбијања криминалитета“ и појам „криминалне политике у ширем смислу“. Тако С. Константиновић Вилић, В. Николић Ристановић и М. Костић одређују под овим терминима рационалну и организовану делатност која је усмерена на сузбијање криминалитета (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2009: 42). Дакле, политика сузбијања криминалитета обухвата, поред кривичног законодавства и његове примене (што чини криминалну политику у ужем смислу), и друга средства која се у друштву користе у сузбијању криминалитета. Она је, пре свега, практична делатност, јер је њен крајњи циљ што ефикаснија заштита одређених вредности и добара у једном друштву од друштвено опасних понашања. Истовремено, политика сузбијања криминалитета је и научна дисциплина, јер се бави научним испитивањем, вредновањем и усавршавањем кривичног права, али и свих других средстава за сузбијање криминалитета (Јовашевић, Костић, 2012: 45).

Б. Златарић политику сузбијања криминалитета дефинише као научну и практичну дисциплину која обухвата критичко испитивање позитивноправних прописа из области кривичног права и резултата његове примене ради припремања новог, будућег и бољег кривичног права, у складу са тежњама за општим прогресом (Zlatarić, 1970: 27).

Љ. Селиншек криминалну политику, као једну од допунских (акцесорних) кривичних наука, одређује у двојачком смислу и то као : 1) криминалну политику у ширем смислу – коју одређује као скуп удружених делатности које су усмерене на ограничавање, спречавање и сузбијање криминалитета и 2) криминалну политику у ужем смислу – коју одређује као научну

дисциплину која се бави проучавањем свих области деловања друштвених (у првом реду државних) органа (институција) у супротстављању криминалитету. Скуп свих мера, односно средстава за сузбијање криминалитета, заправо, су обухваћене појмом „социјалне контроле“. Социјална контрола, дакле, обухвата правна и ванправна средства реакције на криминалитет, односно формалну и неформалну социјалну контролу (Selinšek, 2007: 41).

М. Бабић и И. Марковић, у оквиру наука које су кривичном праву сродне по предмету изучавања, убрајају и криминалну политику „иако они закључују да се она још увек није етаблирала као научна, већ је још увек и претежније схваћена као практична делатност“. Под овим се појмом, у смислу практичне дисциплине, подразумева укупност свих друштвених активности које су управљене на сузбијање криминалитета. Као научна дисциплина, криминална политика представља критично преиспитивање, вредновање и усавршавање кривичног права, као и других средстава која су усмерена на контролу и сузбијање криминалитета, посебно оних која се односе на превенцију криминалитета (Бабић, Марковић, 2008: 42).

Наше је мишљење да политика сузбијања криминалитета представља правну научну дисциплину која критички прати и анализира примену кривичног права (система кривичних санкција и других кривичноправних мера) и његов успех у сузбијању криминалитета. Дакле, то је наука која анализира примену појединих средстава и метода у казненој политици и даје критичку оцену о корисности или некорисности тих средстава и метода у сузбијању и спречавању различитих облика и видова криминалитета. Њен је задатак да на бази оваквог научног анализирања и проучавања даје предлоге за корекцију постојећих и увођење нових средстава и метода, за примену ефикасније казнене политике путем реформе кривичног права или за увођење нових организованих облика друштвене реакције против криминалитета.

2. Политика сузбијања криминалитета или криминална политика

За научну дисциплину (из групе правних кривичних наука), која се бави теоријском и практичном анализом примене кривичног права (у првом реду система кривичних санкција) и његовог успеха у сузбијању криминалитета, често се користи назив „политика сузбијања криминалитета“. Тај назив користи више аутора као што су нпр. Ж. Хорватић, Л. Цвитановић, З. Шепаровић. Но, поред појма „политика сузбијања криминалитета“ или „политика сузбијања свих врста кажњивих понашања“ у правној литератури се користи и појам „криминална политика“ (нем. Kriminalpolitik, енгл. Crime policy, итал. Polica criminale, франц. Politique criminelle). Код

нас је овај појам први употребио М. Чубински (Чубински, 1937: 56-58). Поред њега, овај појам користе и М. Радовановић, М. Милутиновић, Љ. Лазаревић, Љ. Радуловић, Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, Љ. Селиншек, М. Бабић, И. Марковић, П. Новоселец, К. Роксин, Љ. Бавџон, Х. Зипф. Оба појма – политика сузбијања криминалитета (или политика сузбијања кажњивих радњи) и криминална политика – готово подједнако и паралелно користе такође бројни аутори као што су: Б. Петровић, Д. Јовашевић, В. Грозданић, М. Шкорић, М. Бабић, И. Марковић, З. Стојановић.

Тако Н. Мрвић Петровић уместо појма политика сузбијања криминалитета користи појам „криминална политика“. И Х. Сијарчић Чолић користи исти термин за означавање ове научне дисциплине (Sket, Sijarčić Čolić, Langusch, 2001: 397). Према изнетим схватањима, криминална политика, с обзиром на своју правну природу, спада у „науке о криминалитету“. Но, поред појма криминална политика, Н. Мрвић Петровић разликује и појам „казнена политика“. Овај појам, наиме, означава политику која се бави политиком кажњавања тј. избором и одмеравањем казне учиниоцу конкретног кривичног дела. Она се односи, дакле, искључиво на политику репресије органа кривичног правосуђа.

У правној теорији, такође се могу наћи и схватања која изједначају појам „политика сузбијања криминалитета“ и појам „криминална политика у ширем смислу“. Аутори који заступају ово схватање одређују под овим терминима рационалну и организовану делатност која је усмерена на сузбијање криминалитета. Дакле, овде се разликују два појма. То су: 1) криминална политика у ужем смислу и 2) криминална политика у ширем смислу. Тако криминална политика, у ужем смислу, обухвата примену одредби кривичног законодавства (кривичних санкција) према учиниоцима кривичних дела у сузбијању криминалитета. Насупрот њој, криминална политика, у ширем смислу, обухвата, поред примене кривичног законодавства, и сва друга средства која се у друштву користе за сузбијање криминалитета.

Без обзира дали је схваћена у ужем или у ширем смислу, политика сузбијања криминалитета је, пре свега, практична делатност, јер је њен крајњи циљ ефикаснија заштита одређених вредности и добара у једном друштву од друштвено опасних понашања. Истовремено, политика сузбијања криминалитета је и научна дисциплина, јер се бави научним испитивањем, критичком анализом, вредновањем и усавршавањем кривичног права и његових средстава за спречавање и сузбијање криминалитета.

Мишљења смо да, иако је назив криминална политика готово уобичајен у свакодневной употреби, треба истаћи да није реч о политици „која је

толико лоша да је готово криминална“, већ би садржини ове научне дисциплине више одговарао назив „политика сузбијања криминалитета“ или „антикриминална политика“. Но, будући да се овде ипак не ради само о организованом деловању државе-друштва против криминалитета, већ и против свих врста делинквентног понашања, то би њеној садржини и карактеристикама, односно циљу, више одговарао назив „анти-делинквенцијска“ политика. То је, дакле, дисциплина и делатност која се према својој садржини и циљевима састоји у политици сузбијања свих кажњивих понашања или свих облика делинквенције.

3. Место политике сузбијања криминалитета

У погледу места, улоге и значаја политике сузбијања криминалитета данас не постоји јединствено и општеприхваћено становиште. Тако се разликују два основна схватања. То су: 1) да је криминална политика самостална научна дисциплина, што представља још увек усамљено гледиште и 2) да је криминална политика само део науке кривичног права (или кривичноправне науке) било да се она сврстана у основне или допунске, правне или ванправне науке.

Заправо, дуго времена је битисало схватање да криминална политика (или политика сузбијања криминалитета) нема своју самосталност, већ да представља, уз кривичноправну догматику, само део науке кривичног права. Ово схватање потиче од Франца фон Листа (иако у теорији има аутора који сматрају да оно потиче знатно раније). Ово схватање у предратној литератури најпоследније је заступао М. Чубински. Стога се неретко у кривичноправној књижевности истиче да криминална политика све до недавно није успела да се ослободи „туторства кривичноправне догматике и да се конституише као самостална дисциплина“. Тек касније, политика сузбијања криминалитета почиње да се схвата као дисциплина која обухвата критичко испитивање позитивноправних прописа из области кривичног права и резултата његове примене ради припремања новог, будућег и бољег кривичног права у складу са тежњама за општим прогресом (Милутиновић, 1967: 177).

Кривично право је грана правне науке, али и позитивноправна дисциплина којој су кажњива понашања и сви садржаји у вези са њима једини или главни предмет посматрања и проучавања. У оквиру кривичноправних наука које се, дакле, баве кажњивим понашањима и садржајима разликују се две групе наука. То су: 1) науке које су потпуно и искључиво повезане са кажњивим понашањима: криминологија, пенологија, криминалистика и политика сузбијања кажњивих понашања и 2) науке које су делимично

повезане са кажњивим понашањима: судска медицина, судска психијатрија, судска психологија и судска статистика криминала и делинквенције.

У правне кривичне науке, поред пенологије и науке кривичног (материјалног и процесног) права, убрајају криминалну политику и Б. Петровић и Д. Јовашевић. Такође, у правне кривичне науке, криминалну политику сврстава и М. Радовановић поред: науке кривичног права, науке кривично процесног права, пенологије, упоредног кривичног права и међународног кривичног права. П. Новоселец у оквиру „језгра“ кривичноправних наука убраја: кривичноправну догматику (теорију кривичног права), криминалну политику, филозофију кривичног права, историју кривичног права и упоредно кривично право. На сличан начин, положај криминалне политике одређују и Б. Павишић, В. Грозданић и П. Веић. Наиме, ови аутори сматрају да се криминалитетом непосредно (директно) или посредно (индиректно), поред науке кривичног права, баве и друге научне дисциплине. У главне казнене науке, према овим ауторима, спадају: казнено (материјално и процесно) право, криминологија, криминална политика и пенологија.

Љ. Селиншек криминалну (или како она каже „криминалитетну“) политику систематизује у групу допунских (акцесорних) кривичних наука. М. Бабић и И. Марковић, у оквиру наука које су кривичном праву сродне по предмету изучавања, убрајају и криминалну политику. На сличан начин поступа и З. Стојановић. Наиме, он сматра да у науку кривичног права, којој је сродна по предмету, али не и по методу изучавања спада и криминална политика уз науку кривично процесног права. И В. Грозданић и М. Шкорић сврставају криминалну политику у науку кривичног права, и то у неправне науке, поред: криминологије, пенологије, криминалистике и виктимологије.

Но, поред ових схватања, према којима политика сузбијања криминалитета предстаља део правне (кривичноправне) науке, ипак се неретко констатује да је она и дело „социјалне политике“. Наиме, социјална политика се своди на проучавање мера социјалне заштите, међу којима се по свом значају, природи и дејству посебно издвајају мере за сузбијање криминалитета и других облика делинквентног понашања. Уосталом, ово схватање прихватају и Уједињене нације, када на конгресима о превенцији криминалитета и поступању са делинквентима (преступницима), у оквиру мера социјалне политике као њен важан сегмент посматрају превентивне мере за сузбијање и спречавање криминалитета. Наиме, узета у свом апликативном значењу, криминална политика представља део опште политике одређеног друштва, те је изложена свим утицајима постојећих друштвено-економских и политичких односа. Преко ње се рефлектује владајући политички систем, односно његова политика, закључује и Љ. Бавцон (Bavcon, 1978: 13-18).

Анализирајући наведена схватања и ми смо мишљења да данас још увек политика сузбијања криминалитета нема своју правну самосталност (о чему говори чињеница постојања малог броја монографских радова из ове области, где је први рад М.Чубинског објављен тек 1937. године, као и њено ретко изучавање као посебне научне дисциплине у оквиру правних, криминолошких, безбедносних, политиколошких и других образовних установа). Дакле, она се и даље посматра као део науке кривичног права који критички прати, анализира и унапређује систем кривичних санкција са циљем спречавања и сузбијања криминалитета, али и других кажњивих понашања.

4. Елементи политике сузбијања криминалитета

За научну дисциплину (из групе правних кривичних наука) која се бави теоријском и практичном анализом примене кривичног права (у првом реду система кривичних санкција) и њеном успеху у сузбијању криминалитета, често се користи назив „политика сузбијања криминалитета“. Без обзира на различита појмовна одређења политике сузбијања криминалитета (или криминалне политике како се она још назива) и то као научне, односно практичне дисциплине, већина аутора прихвата да се у оквиру ње јасно разликују два основна дела. То су: 1) систем превентивних мера (друштвена превенција или профилакса) и 2) систем репресивних мера (кривичне санкције које су прописане кривичним законодавством одређене државе).

Тако З. Стојановић, у оквиру политике сузбијања криминалитета (као дела науке кривичног права), разликује два њена основна дела. То су: 1) криминална политика у ужем смислу – која се још назива и кривичноправна политика. Она прати и проучава примену кривичног права у борби против криминалитета, каква је примена кривичних санкција и других кривичноправних мера, како кривично право одговара постављеним идеалима и задацима, односно циљевима, те каква му је будућност и 2) криминална политика у ширем смислу – која се бави применом не само кривичног права, већ и применом свих других средстава, поступака и мера које су подобне за сузбијање криминалитета.

Слично и Ж. Хорватић, у оквиру политике сузбијања криминалитета, која представља обједињујућу интердисциплинарну научну организацију и систем државне законодавне, извршне и судске власти са циљем сузбијања делинквенције, односно криминалитета, разликује два њена основна дела. То су: 1) превентивни и 2) репресивни садржаји. Репресивни садржаји су нормирани кривичним правом. Због тога је кривично право централни део политике сузбијања криминалитета. Но, ипак је погрешно

становиште које, према теоретичарима кривичног права, политику сузбијања криминалитета види само као део кривичног права и која делује првенствено *ante delictum*. Специјална (посебна) и генерална (општа) превенција кривичног права и његова казнена политика имају за циљ антиделинквенцијско понашање, односно антикриминално деловање. То је истовремено и задатак кривичног права, али и политике сузбијања криминалитета.

В. Грозданић и М. Шкорић у оквиру криминалне политике која се бави различитим начинима, методама, средствима и поступцима сузбијања криминалитета, зависно од начина његовог сузбијања, разликује два конститутивна дела. То су: 1) превентивна криминална политика. Њу чини скуп мера, средстава и поступака (друштвена акција) који се предузимају пре извршења кривичног дела (*ante delictum*). То су мере којима је циљ да се отклоне или умање узроци који подстицајно делују на учиниоце кривичних дела, и 2) репресивна криминална политика. То је друштвена акција у смислу скупа различитих мера, средстава и поступака који се предузимају после учињеног кривичног дела, дакле, када је нечије правно (лично или друштвено) добро већ повређено или угрожено предузетом радњом извршења кривичног дела (*post delictum*). Ова политика репресије се састоји у изрицању и извршењу кривичноправних санкција и више одговара садржини појмова: „политика кривичног прогона“ и „казнена политика“.

И према нашем мишљењу, политика сузбијања криминалитета садржи два основна, конститутивна елемента: 1) превентивне елементе – који су примарног карактера и обухватају систем општих и посебних (специјалних) мера и активности различитих друштвених субјеката управљених на елиминацију или умањење узрока и услова криминалне делатности (државни органи; друштвене, невладине и верске организације; удружења грађана; школа; средства информисања; органи социјалне заштите; породица и др. и 2) репресивне елементе – који су супсидијарног значаја, али због примене различитих кривичних санкција прописаних у позитивном кривичном законодавству имају далеко важнију и видљивију улогу у спречавању и сузбијању различитих облика и видова криминалитета физичких (пунолетних и малолетних) и правних лица.

5. Функција политике сузбијања криминалитета

Основна функција (циљ или сврха) политике сузбијања криминалитета јесте обављање заштитне функције, односно, обезбеђење заштите одређеног друштва и његових вредности од криминалитета. Њен је задатак да

обезбеди постојање једног друштва, али и да омогући његов даљи развој. Та се заштита остварује на два начина: 1) прописивањем превентивних мера – мера социјалне заштите и органа за њихово предузимање и 2) прописивањем репресивних мера – система кривичних санкција и услова за њихову примену према учиниоцима кривичних дела. Политика сузбијања криминалитета као битан сегмент (део) кривичног права одређене државе је инструмент за заштиту одређеног друштва и система његових заштићених вредности на одређеном степену развоја и као таква она је специфична јер поседује низ карактеристика по којима се разликује од политике сузбијања криминалитета и кривичног права сваке друге државе.

Ретка су кривична законодавства која изричито одређују заштитну функцију, као што је то у Кривичном законнику Републике Србије у члану 3. када се наводи да је циљ (функција, сврха) кривичног права заштита човека и других друштвених вредности (не наводећи о којим се вредностима ради). Овако одређена функција представља основ за одређивање кривичних дела, прописивање и примену кривичних санкција, и то само у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела. Дакле, политика сузбијања криминалитета има за циљ остварење двојаке функције: 1) заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности од њиховог повређивања или угрожавања вршењем кривичних дела од стране појединаца или група, односно очување постојећих односа, што представља статичку функцију и 2) праћење динамике и развоја друштвених односа и учешће у њиховом мењању, унапређивању и заштити, што представља динамичку функцију кривичног права.

Заштитна функција кривичног права уопште, па тиме и политике сузбијања криминалитета није свеобухватна, већ је делимична или парцијална. Наиме, кривично право не штити сва добра и вредности у једном друштву, већ само она која су најважнија за појединца (као човека и грађанина) и друштво (као заједницу људи). Другим речима, штите се добра и вредности без којих не би било могуће постојање и развој човека и одређеног друштва. У погледу ове заштите разликују се две врсте вредности: 1) друштвене вредности и добра до чијег очувања је одређеној друштвеној заједници (владајућој структури) нарочито стало и 2) друштвене вредности и добра, која имају универзални, општецивизацијски значај, која се штите у свим друштвима и свим периодима развоја, без обзира на облик друштвене организације.

Али, чак ни овим добрима и вредностима кривично право не пружа потпуну, већ непотпуну, парцијалну заштиту, тј. заштиту која има фрагментарни карактер. Оно се ограничава на заштиту ових добара и вредности само од

одређених напада, у виду повреде и угрожавања која су законом прописана као кривична дела. Овако одређена заштитна функција кривичном праву даје утилитаристички карактер. Но, она се појављује и као значајан инструмент самоограничавања државе. Оваква делимична, фрагментарна заштита је не само оправдана, већ и једино могућа, јер би свеобухватна и тотална заштита довела до негације слободе и онемогућавања њеног развоја, као и развоја друштва у целини, што би значило негацију сврхе заштите. Заштита ових друштвених вредности не остварује се само путем кривичног права, већ и путем других грана права, тј. целим правним системом, при чему ова заштита има општији и примарни карактер за разлику од кривичноправне заштите која има специјални, секундарни, субсидијарни карактер.

Механизам кривичноправне заштите одређених друштвених вредности ступа у дејство тек када се утврди да је механизам заштите неке друге гране права недовољан да обезбеди очување тих добара или вредности. Иако се кривичноправна заштита друштвених вредности остварује углавном кроз казну, као најважнију кривичну санкцију, услед чега јој се даје репресивни, ретрибутивни карактер, она се не остварује само кроз ретрибуцију и одмазду, већ и кроз превенцију (спречавање) вршења кривичних дела. Циљ кривичног права је да васпитно утиче на понашање људи (кроз јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона), како би се они уздржали од кршења прописа и вршења кривичних дела.

Функција кривичног права и политике сузбијања криминалитета код нас је заштита најзначајнијих друштвених добара и вредности „заштићених“ кривичним законодавством. Ова се заштита остварује на специфичан начин. Наиме, кривично право не регулише друштвене односе непосредно, тј. оно не прописује правила понашања, већ одређује санкције за непоштовање постојећих друштвених, а пре свега правних правила понашања. Другим речима, заштита наведених вредности остварује се на тај начин што се одређују људска понашања која представљају кривична дела и што се за таква понашања прописују кривичне санкције према њиховим учиниоцима у циљу сузбијања криминалитета. Дакле, кривичноправна и криминално-политичка заштита остварује се *post factum*, у време када је заштићено добро већ повређено или угрожено. Због те чињенице, изгледа да заштитна функција, која се најчешће остварује применом казне, има чисто репресивни карактер. Кроз казну се, поред репресије, остварује и превенција, и то како индивидуална, тако и генерална.

6. Закључак

У савременој правној, политиколошкој и безбедносној литератури се на различите начине одређују појам и садржина политике сузбијања криминалитета као научне, али и апликативне дисциплине. У основи ових различитих схватања налазе се разлике у полазним становиштима зависно од тога: 1) да ли је то „само“ научна (академска) дисциплина, 2) да ли је то практична, свакодневна активност надлежних државних и других органа, 3) да ли је то делатност супротстављања криминалитету као скупу најопаснијих људских понашања којима се повређују или угрожавају најзначајнија лична и друштвена добра и вредности, односно 4) да ли је то делатност сузбијања свих облика противправних понашања (криминалитета, али и других облика деликвенције – привредних преступа и прекршаја).

Приклањајући се схватањима већине аутора и ми одређујемо политику сузбијања криминалитета као научну дисциплину која омогућава целисходно коришћење постојећих инструмената у борби против криминалитета. Истовремено, то је наука, која на бази утврђених сазнања и резултата спроведене анализе предлаже мере за ефикасније спречавање и сузбијање криминалитета примењујући при томе и учења ванправних наука. Стога се политика сузбијања криминалитета (или како се још назива „криминална политика“) може схватити у двоструком значењу и то као: 1) друштвена делатност која је усмерена на остваривање постављених циљева (што се још назива и практична димензија криминалне политике) и 2) научна дисциплина која истражује, анализира и иницира мере друштвеног реаговања на криминална понашања.

Узета у апликативном значењу, криминална политика тако обухвата систем свесно планираних и координираних друштвених делатности које су усмерене на заштиту друштва од криминалитета. У овом смислу схваћена, она представља део опште политике одређеног друштва. Али будући да је њено основно средство за остварење постављених циљева примена кривичноправних санкција и других мера, то се она сматра и делом кривичног права. Као и кривично право одређене државе, тако се и политика сузбијања криминалитета, заснива на одређеним принципима (руководним начелима) као што су: а) законитост и легитимност кривичноправне заштите, б) једнакост грађана пред законом, в) кривица, г) праведност и д) хуманост.

Литература

- Бабић, М., Марковић, И. (2008). Кривично право. Општи дио. Бања Лука: Правни факултет
- Бавцон, Љ. (1978). Криминална политика социјалистичког самоуправног друштва. Југословенска ревија за криминологију и кривично право. 2-3. 13-18
- Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet
- Zlatarić, B. (1970). *Krivično pravo. Prvi svezak*. Zagreb: Informator
- Јовашевић, Д., Костић, М. (2012). *Политика сузбијања криминалитета*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Кокoљ, М., Јовашевић, Д. (2011). *Кривично право Републике Српске*. Бијељина: Универзитет Синергија
- Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М. (2009). Криминологија. Ниш: Пеликан принт
- Лазаревић, Љ. (1986). Југословенска криминална политика у области репресије. Зборник радова. Актуелна питања криминалне политике у Југославији. Херцег Нови. 25
- Милутиновић, М. (1984). Криминална политика. Београд: Савремена администрација
- Милутиновић, М. (1967). Појава, развој и елементи савремене криминалне политике. Анали Правног факултета у Београду. 2-3. 177
- Милутиновић, М. (1986). Актуелна ситуација и тенденције криминалне политике у Југославији. Актуелна питања криминалне политике у Југославији (зборник радова). Херцег Нови. 5-22
- Мрвић Петровић, Н. (2005). Кривично право. Београд: Службени гласник
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Informator
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine. Opći dio*. Sarajevo: Pravni fakultet
- Радовановић, М. (1975). Кривично право. Општи део. Београд: Савремена администрација

Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: Pravni fakultet

Sket, I., Sijarčić Čolić, H., Langusch, E. (2001). *Rječnik kriminologije i krivično-pravnih nauka*. Sarajevo: OSCE

Стојановић, З. (2005). Кривично право. Општи део. Београд: Правна књига

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet

Чубински, М. (1937). Криминална политика. Београд: Геца Кон

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**CRIMINAL POLICY:
Basic Concepts**

Summary

In the contemporary literature on law, politicology and security, there have been various attempts in both scientific and applied disciplines to define the notion and content of the crime suppression policy. The differences underlying these diverse views are based on the different starting points, i.e. whether the criminal policy is perceived as: 1) a scientific (academic) discipline; b) a practical daily activity of competent state authorities and other relevant bodies; 3) an activity of combating crime as a set of most dangerous human behaviors which imperil the most important personal assets and social values; and 4) an activity aimed at suppressing all types of illegal behavior (felonies, misdemeanors, delinquency, economic crimes, etc). Some authors view the policy of crime suppression as a scientific discipline which provides for the appropriate use of existing tools in combating crime. Concurrently, on the basis of defined body of knowledge and analysis, the science (including some sciences outside the field of law) suggests relevant measures for efficient suppression of crime. Another conception is based on the idea that criminal policy has a dual meaning, i.e. that it may be understood as: 1) a practical social activity aimed at accomplishing the envisaged goals (also known as a practical dimension of crime policy), and 2) a scientific discipline which explores, analyses and proposes measures of social reaction towards criminal behavior. In practice, criminal policy encompasses a system of purposeful, consciously planned and coordinated social activities aimed at preventing crime and protecting the society at large. When perceived in this way, criminal policy is the basic element of the general public policy in a specific society. Just like the criminal law of an individual state, criminal policy is based on specific principles (governing rules).

Keywords: criminal policy, crime suppression, criminal offence, prevention, repression

Др Љубица Николић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.763

Рад примљен: 21.03.2014.

Рад прихваћен: 30.04.2014.

ВРЕДНОВАЊЕ ОБИЧНИХ И ПОВЛАШЋЕНИХ АКЦИЈА*

Апстракт: *Куповина акција представља савремени начин инвестирања. Они који су спремни да на овај начин пласирају свој новац, суочени су са бројним дилемама. Капитал намењен куповини акција могу усмерити на домаће и инострано тржиште акција, могу куповати више акција једног емитента или расподелити новац на куповину акција различитих акционарских друштава, исто тако, могу формирати портфељ различитих хартија од вредности. Своју одлуку у вези са овим могућностима инвеститори базирају на процени приноса и ризика појединачних берзанских хартија. Шта одређује вредност акција? Које приступе обично користе инвеститори заинтересовани за вредновање и селекцију акција? То су нека од питања на која ћемо покушати да дамо одговор у овом раду.*

Кључне речи: *акције, приноси, ризици, вредновање.*

1. Увод

Акција је хартија од вредности коју издаје акционарско друштво, која представља део основног капитала друштва. То је власничка хартија од вредности, којом се повећава имовина акционарског друштва. Лице које уложи одређена средства (новац, ствари или права) у акционарско друштво, постаје акционар тога друштва, добија акције и стиче одређена права у том друштву, у зависности од врсте акција. У складу са домаћим законом, акције које издаје акционарско друштво издају се у дематеријализованој форми и гласе на име.¹ Акција своје власнику обезбеђује више

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

* 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.

¹ Чл. 248. Закона о привредним друштвима, *Сл. Гласник РС*, 36/11 и 99/11.

права. Основна имовинска права су: право учешћа у добити, односно право на дивиденду; право учешћа у имовини друштва у случају његовог престанка; право располагања акцијом; као и право прече куповине нове емисије акција истог друштва. Од неимовинских права помињемо: право учешћа у раду скупштине акционара, право одлучивања на скупштини и право добијања пословних информација о раду друштва.

Према редоследу издавања акције могу бити: *оснивачке* (акције прве емисије) и *нове акције* (акције следећих емисија). Акционарско друштво може обезбедити повећање капитала емитовањем и пласманом нових акција. Поред *обичних (редовних) акција*, које дају право на учешће у управљању друштвом и право на дивиденду без посебних погодности у погледу наплате, постоје и *приоритетне (повлашћене) акције*, које имају неке карактеристике и акција и обвезница. Оне се сматрају мање ризичним хартијама у односу на обичне акције, јер њихови власници имају првенство у наплати дивиденде по унапред утврђеној стопи. Приоритетне акције ризичније су од обвезница јер њихови власници могу да наплате дивиденде тек након што власници обвезница добију своју уговорену камату.

2. Вредновање приноса и ризика

2.1. Стопа приноса

Куповином акција људи се одричу садашње потрошње у намери да остваре већу будућу потрошњу. Они очекују дивиденде и продају акција по вишој цени. С тим у вези, јавља се дилема како уложити слободан новац и обезбедити већу потрошњу. Када би животни век био познат, свако би могао расподелити своје богатство тако да максимално задовољи садашњу и будућу потрошњу. Утврдили би принос од инвестиција и временски распоред тих приноса, као и будући доходак из неинвестицијских извора. Како је будућност неизвесна, немогуће је прецизно испланирати потрошњу за цео живот. Неизвесност се јавља и у вези са будућим приносима од инвестиција и временским распоредом тих приноса. Зато се истиче захтев да очекивани принос буде довољно велик да ту несигурност надокнади (Siegel, 2008: 23). Једногодишње држање акције обезбеђује власнику дивиденду и евентуално повећање тржишне цене, односно капиталну добит. Стопа приноса за један период може се приказати као:

$$r = \frac{\text{Дивиденде} + (\text{Будућа цена} - \text{Почетна цена})}{\text{Почетна цена}}$$

Износ у загради може бити добит или губитак на капиталу у току периода држања.²

Општа формула за одређивање тржишне цене акција може се изразити на

следећи начин:
$$P_0 = \sum_{t=1}^2 \frac{Dt}{(1+r)^t} + \frac{P_2}{(1+r)^2}$$

Где је: P_0 тржишна цена акције у времену 0 , Dt очекивана дивиденда на крају периода t , Σ ознака за суму дисконтованих дивиденди на крају периода 1 и 2 и P_2 очекивана будућа вредност на крају другог периода.

У пракси се може десити куповина акција у које се има велико поверење са намером да се држе вечно, генерацијама. У том случају, очекивани принос би се састојао од новчаних дивиденди и, вероватно, ликвидацијске дивиденде. Очекивану стопу приноса у том случају одређујемо уз помоћ следећег обрасца:

$$P_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{Dt}{(1+r)^t}$$

У овом случају, узимамо у обзир све могуће исплате будућих дивиденди.³

2.2. Дивиденде као основа вредновања

Власници акција, поред дивиденди, очекују да ће, у случају потребе, продати акцију по вишој цени од оне коју су за њу платили. Наравно, под претпоставком да у то време постоје инвеститори који су спремни да купе ту акцију. Купци, са своје стране, процењују очекиване будуће дивиденде и будућу цену по којој би евентуално продали акцију будућим потенцијалним инвеститорима. Укупни новчани принос акционара чини сума коју им плаћа акционарско друштво у виду редовних дивиденди, ликвидацијских дивиденди или откупа акције. Дивиденде су, дакле, основа за вредновање акција. Оне се грубо схватају као било која новчана исплата акционарима.

² Претпоставимо да је акција купљена за 50 динара. Очекује се исплата дивиденде на крају године у износу од 4 динара и да ће цена акције након исплате дивиденде бити 60 динара. У овом случају, очекивана стопа приноса била би:

$$r = \frac{4din + (60din - 50din)}{50din} = 0,28ili28\%$$

³ Ради лакшег разумевања, радићемо са приносима који се остварују у краћим временским периодима.

Поставља се, међутим, питање како акције појединих акционарских друштава, која уопште не исплаћују дивиденде, имају прилично високе вредности? То је због тога што инвеститори очекују да ће у будућности продати акцију по вишој цени од оне коју су за њу платили. Приход од дивиденде они компензују будућом ценом акције. Акционарско друштво се одлучује да не исплаћује дивиденде, већ их реинвестира у случају када очекује будуће повећање профита. Како су новчане дивиденде основни принос власника акција, оне се узимају као основа за процену вредности акција. Зато је стопа приноса на акцију дисконтна стопа која изједначава садашњу вредност низа будућих очекиваних дивиденди са садашњом ценом акције. За израчунавање стопе приноса на акције користе се различити модели дисконтовања дивиденди.

2.3. Приноси на акције

Приноси на обичне акције могу се поделити на: дивиденде и капиталну добит или губитак. Многи инвеститори обичне акције сматрају средством за остваривање велике добити, мада приличан број њих на крају оствари капитални губитак. Управо овај део укупног приноса на акције је оно што привлачи инвеститоре. Ипак, дивиденде представљају значајан део укупног приноса на акције. Неке акције, као што су акције јавних служби, купују се, пре свега, због њиховог прихода од дивиденди. *Тренутни приход* на акцију је актуелна годишња дивиденда подељена са тренутном тржишном ценом. *Процењени приход* на акцију је процењена дивиденда, која ће бити остварена у неком периоду, подељена са тренутном тржишном ценом.

Појам укупни принос (TR) обухвата обе компоненте приноса на акцију и он представља све оно што власник акције добија или ће добити. Образац за израчунавање укупног приноса на обичну или повлашћену акцију изгледа овако:

$$TR_{CS} = \frac{Dt + PC}{P_B}$$

Где је: TR - укупан принос на акцију, Dt - дивиденда добијена у времену t , PC - промена у цени током посматраног периода, P_B - почетна или куповна цена.

Укупан принос је погодна мера за принос на акције. Лако се користи као мера приноса који је остварен, рецимо, у прошлој години, од једне акције, портфеља или на укупном тржишту. Такође је користан при процени будућих приноса на хартије од вредности. У ту сврху, инвеститор мора да процени будућу цену акције како би израчунао вредност PC , што није

нимало једноставно. Таква једна процена захтева употребу дистрибуција вероватноће и очекиваних вредности.

2.4. Ризик на акције

Акције су ризичне хартије од вредности. Стално присутна несигурност у предвиђању будућих кретања у привреди и на берзи акција, повлачи ризик од улагања капитала. Стопа приноса на акције је неизвесна јер су и будући профити акционарског друштва неизвесни. Поред тога, тржишта се налазе под утицајем различитих ванекономских фактора, што ствара још већи степен несигурности при инвестирању капитала. Једноставно речено, инвестирање у акције повезано је са бројим ризицима.

Тржишни ризик део је укупног ризика на хартије од вредности који зависи од флукуација на укупном тржишту. То значи да се део кретања цене неке појединачне хартије или портфеља може приписати променама на тржишту. Степен утицаја варира у односу на различите берзанске хартије. Тај утицај је већи за неке хартије од вредности у односу на друге. Тржишни ризик је најважнији ризик који утиче на кретање цена акција. На тржишту често долази до наглих кретања, било у виду успона или падова, што се нужно одражава и на цене акција. Цене већине акција имају тенденцију да се заједно крећу. Уколико се појави драстичан пад на тржишту, већина акција биће под негативним утицајем те промене, ако се јави снажан раст, то ће на већину акција имати позитиван утицај.

Пословни ризик односи се на вероватноћу да ће нека компанија имати губитак или профит мањи од очекиваног, у одређеном периоду, због неповољних околности у одређеној области. Овај ризик може се јавити услед неких спољних фактора као што су: трговинска ограничења; општа светска рецесија; сукоб са страном земљом, која чини велики део тржишта за производе дате компаније. Исто тако, пословни ризик проистиче из слабе ефикасности, лошег планирања, нелегалне активности запослених и слично.

Финансијски ризик односи се на коришћење зајмова за финансирање активности предузећа. Овакво финансирање утиче на зараде по акцији, увећавајући могућу добит али и губитак. Због ризика од неизмиривања обавеза, који је повезан са коришћењем зајмова, повећава се варијабилност приноса тог предузећа.

Индустријски ризик се односи на могућност да ће сва предузећа у некој индустријској грани бити под негативним утицајем неког општег фактора, који не утиче на предузећа ван те гране или утиче у много мањој мери.

У суштини, ризик на акције можемо поделити у две групе: 1) једну општу компоненту, која представља онај део варијабилности у укупном приносу на акцију који је директно повезан са општим кретањима на тржишту и 2) специфичну компоненту, која је везана за конкретног емитента акције. Ове две компоненте се у инверстиционој анализи називају систематски и несистематски ризик (Jones, 1994: 118).

Несистематски (нетржишни) ризик је ризик који је јединствен за сваку хартију од вредности. Он је у вези са пословним и финансијским ризиком емитената акција. Одговарајућом конструкцијом портфеља, инвеститор може елиминисати нетржишни део укупног ризика. Колико је хартија од вредности потребно да би се елиминисао већи део или укупан несистематски ризик? У једној познатој студији Еванс и Арчер су открили да је укупни ризик портфеља од 15 хартија приближно исти са ризиком тржишног портфеља (Evans, Archer, 1968: 761-767). Корисност од додатне диверзификације нагло опада после 15 или 16 хартија од вредности.

Систематски (тржишни) ризик односи се на варијабилност у приносима на неку берзанску хартију, која се директно везује за укупна кретања на тржишту или у привреди једне земље. Он утиче на све хартије јер обухвата тржишни ризик, ризик каматних стопа и ризик инфлације. Овај ризик се не може избећи. Ако тржиште акција нагло опада, већина акција ће губити на вредности, али ако тржиште доживи снажан раст, већина акција ће добити на вредности. Оваква кретања се јављају независно од тога шта поједини инвеститор чини. Као мера систематског ризика користи се бета коефицијент.

Бета коефицијент је мера релативног систематског ризик, он мери нестабилност акције доводећи у везу кретања цене акције са кретањима на тржишту као целини. Укупно тржиште има бету 1,0 а инвеститор може да класификује одређену акцију, у односу на тржиште, као агресивну ($\beta > 1,0$) или дефанзивну ($\beta < 1,0$). Бета вредност се обично процењује на основу података из прошлости, као промена вредности укупног приноса за појединачну хартију од вредности у односу на укупан принос за неки тржишни индекс. Процена бета вредности је подложна грешкама. Већина израчунатих бета вредности су *ex post* вредности. Оно што је потребно за инвестиционо одлучивање су *ex ante* бета вредности, које мере очекивану променљивост. Уобичајена је пракса многих инвеститора да једноставно израчунају овај коефицијент за неку хартију и претпоставе да ће у будућности остати константан. Таква претпоставка је ризична. Један од начина за процену бета коефицијента је коришћење бета вредности из прошлости, али уз субјективно прилагођавање за очекиване промене. Бета вредности за портфељ често су стабилне током вре-

мена, али су за појединачне хартије врло нестабилне. Зато је корисно поседовање портфеља берзанских хартија, уместо само једне или неколико хартија од вредности (Николић, 2008: 218).

3. Вредновање акција

Два основна приступа за вредновање обичних акција јесу: приступ садашње вредности (метод капитализације дохотка) и приступ Р/Е коефицијента (умножавање зарада). Анализа садашње вредности за акције значи да се будући приливи новца, који ће бити остварени на акције, дисконтују уназад до садашњости по одговарајућој дисконтној стопи (стопа приноса коју тражи инвеститор). Поред овог, у анализи акција често се користи приступ Р/Е коефицијента, по коме вредност акција зависи од умножавања њених будућих зарада. У ствари, инвеститори одређују вредност или цену акције одлуком колико динара су спремни да дају за сваки динар процењених зарада.

3.1. Приступ садашње вредности

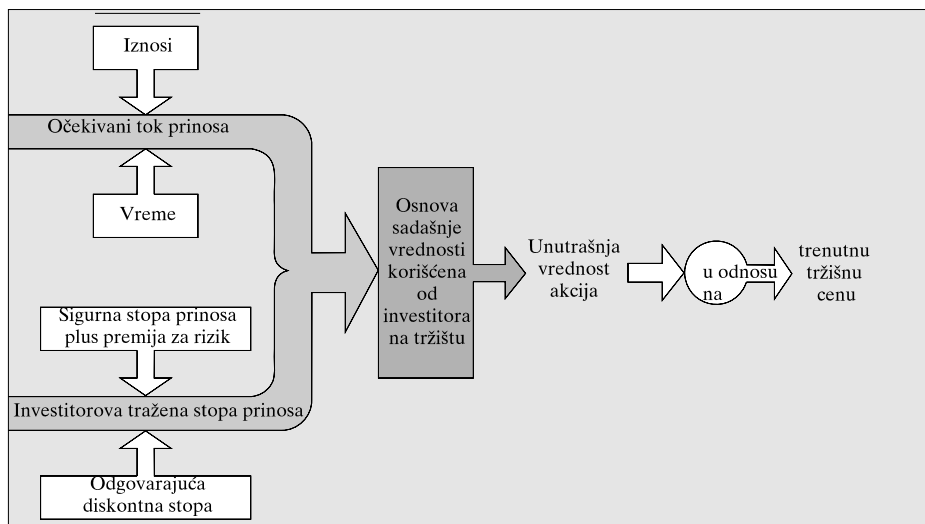
Класични метод израчунавања унутрашње вредности акције подразумева коришћење приступа садашње вредности, односно метод капитализације дохотка. Вредност било које хартије од вредности може се проценити одређивањем садашње вредности, која подразумева капитализацију (дисконтовање) дохотка. То значи да је тренутна вредност неке хартије једнака дисконтној (садашњој) вредности будућих прилива новца које инвеститор очекује од ефекта. Приказано обрасцем то изгледа овако:

$$\text{Vrednost hartije od vrednosti} = \sum_{t=1}^n \frac{\text{prilivi novca}}{(1+k)^t}$$

где је k одговарајућа дисконтна стопа или тражена стопа приноса.

Да би користио овакав модел, инвеститор мора да: 1) процени дисконтну стопу или одговарајућу тражену стопу приноса, 2) процени износ и време будућих прилива новца и 3) употреби ове две компоненте у моделу садашње вредности за процену вредности ефекта, која се затим упоређује са тренутном тржишном ценом те хартије. На наредној, слици 1, приказан је поступак одређивања садашње вредности који се користи у фундаменталној анализи, са истицањем фактора који утичу на вредност акција (Jones, 1994: 271).

Слика 1 Вредновање акција приступом садашње вредности



Тражена стопа приноса на акције. Инвеститор који разматра куповину акција мора оценити ризик који оне носе, и за тај дати ризик, минималну очекивану стопу приноса коју инвеститор захтева, како би био подстакнут да их купи. Овај минимални очекивани принос или тражена стопа приноса јесте опортунитетни трошак. Тражена стопа приноса, стопа капитализације и дисконтна стопа јесу термини међусобно замениви у анализи вредности. У пракси се јавља проблем прецизног одређивања ове величине. Због сложености проблема, претпоставићемо да нам је стопа капитализације позната, о њој ћемо нешто касније, и концентрисаћемо се на друге факторе у вези са вредновањем.

Очекивани прилив новца од акција је друга компонента која улази у оквир садашње вредности. Вредност акција је садашња вредност свих новчаних прилива који ће пристићи власнику од емитента. Прилив новца од акција чине дивиденде, јер је то једина исплата новца коју акцио-нарско друштво врши акционарима. По правилу, предузећа не исплаћују целокупну своју зараду акционарима. Акционарско друштво може донети одлуку да све зараде буду исплаћене као дивиденде или да задржи зараде, реинвестира их, и тиме повећа будуће зараде и дивиденде. Акционари могу да планирају продају својих акција, што ће им омогућити прилив новца од продаје. Као што ћемо видети нешто касније, иако инвеститори у акције приливе новца сматрају комбинацијом дивиденди и будуће цене по којој се акција може продати, приливи новца једнаки су

свим дивидендама које ће се добити од акције. Зараде се, такође, могу користити као очекивани приливи новца. Дивиденде се исплаћују из зарада, из чега проистиче њихов значај при вредновању акција. Други приступ у инвестиционој анализи користи управо зараде и Р/Е однос за одређивање вредности акција.

3.1.1. Модел дисконтовања дивиденди

У овом моделу, дивиденде, као једино новчано примање које акционар директно добија од друштва, узимају се као основа вредновања акција (Jones, 2013: 264). У претходном обрасцу, елемент прилива новца заменићемо дивидендама које се очекују у сваком од будућих периода. Инвеститор који користи овај приступ вредновања, пажљиво треба да проучи будуће изгледе предузећа и процени могуће дивиденде. Поред тога, он оцењује одговарајућу тражену стопу приноса на основу предвиђеног ризика за дивиденде и могуће алтернативе инвестирања. На крају, он до садашњег тренутка дисконтује целокупни низ процењених будућих дивиденди. Модел дисконтовања дивиденди (*DDM*) може се приказати уз помоћ следећег обрасца:

$$P_{CS} = \frac{D_1}{(1+k_{CS})} + \frac{D_2}{(1+k_{CS})^2} + \frac{D_3}{(1+k_{CS})^3} + \dots + \frac{D_{\infty}}{(1+k_{CS})^{\infty}}$$

$$= \sum_{t=1}^{\infty} \frac{D_t}{(1+k)^t}$$

Где је: P_{CS} - садашња вредност акције на основу процена будућих дивиденди и дисконтне стопе; D_1, D_2, \dots - дивиденде које се очекују за сваки од будућих периода; K_{CS} - дисконтна стопа применљива на инвестицију са овим степеном ризика.

У вези са претходним обрасцем, намећу се два проблема: 1) инвеститори морају да вреднују дивиденде које могу да добијају у недоглед, с обзиром на то да обичне акције немају рок доспећа; 2) не постоји тачно утврђен број дивиденди, под условом да се оне уопште и исплаћују. Исто тако, обично се очекује раст дивиденди, што отежава поједностављење обрасца.

Први проблем, у вези са неограниченим бројем периода и дивиденди, може се решити када решимо други проблем и одредимо очекивано низање дивиденди. У пракси, овај проблем није толико компликован, како се чини на први поглед. За високе дисконтне стопе, као што су 12%, 14% или 16%, дивиденде добијене за 50 или 60 година у будућности врло

мало вреде данас. На пример, садашња вредност 1 динара који ће бити примљен за 50 година је 0,0009 динара, ако је дисконтна стопа 15%.

Решење другог проблема захтева изношење неких претпоставки у вези са очекиваном стопом раста дивиденди током времена. Инвеститор процењује или поставља модел будућег низања дивиденди или процењене цене за неко будуће време или и једно и друго. Да би то учинио, он мора да класификује сваку акцију која се вреднује у једну од 3 категорије, на основу очекиване стопе раста дивиденди. Дакле, модел дисконтовања дивиденди базира се на процењеним очекиваним дивидендама, које се одређују на основу њихових очекиваних стопа раста. Стопа раста дивиденди може се представити помоћу 3 алтернативне верзије. При том, дивиденду која се тренутно добија на неку акцију и која је позната, означили смо са D_0 . Инвеститори морају да процене будуће дивиденде, почев од D_1 која се очекује за следећи период. Модели стопе раста дивиденди су:

1. Фиксна новчана дивиденда једнака је тренутној дивиденди D_0 и она ће бити исплаћивана сваке године од сада до бесконачности. Ово се обично назива моделом стопе нултог раста:

$$D_0 D_0 D_0 D_0 + \dots + D_0 \text{ низ дивиденди}$$

$$0 \quad 1 \quad 2 \quad 3 \quad + \dots + \infty \quad \text{временски период}$$

2. Дивиденда која расте по константној стопи g , почевши од D_0 . Ово се обично назива верзијом нормалног или константног раста модела дисконтовања дивиденди:

$$D_0 D_0(1+g)^1 D_0(1+g)^2 D_0(1+g)^3 + \dots + D_0(1+g)^\infty \text{ низ дивиденди}$$

$$0 \quad 1 \quad 2 \quad 3 \quad + \dots + \infty \quad \text{временски период}$$

3. Дивиденда која расте по варирајућим стопама, на пример g_1 за прве 4 године и g_2 на даље. Ово се може назвати верзијом вишеструког раста:

$$D_0 D_1 = D_0(1+g_1) D_2 = D_1(1+g_1) D_3 = D_2(1+g_1) D_4 = D_3(1+g_1) D_5 = D_4(1+g_2) + \dots +$$

$$0 \quad 1 \quad 2 \quad 3 \quad 4 \quad 5 \quad + \dots +$$

$$D_\infty = D_{\infty-1}(1+g_2) \text{ низ дивиденди}$$

$$\infty \quad \text{временски период}$$

Модел нултог раста односи се на фиксне новчане дивиденде код вечитих акција без рока доспећа. Модел без раста дивиденди можемо приказати обрасцем:

$$P_0 = \frac{D_0}{k_{CS}}$$

где је: D_0 константна новчана дивиденда која се очекује за све будуће периоде а K_{CS} опортунитетни трошак или тражена стопа приноса за конкретну акцију.

На исти начин, врши се вредновање повлашћених акција, код којих дивиденда остаје непромењена током времена. Обична акција без раста дивиденди сматра се вечитом и лако се вреднује када се одреди вредност K_{CS} .

Модел константног раста односи се на увећање почетне дивиденде током времена (Blake, 2000:198). Очигледно је да, што је већа стопа раста или је дужи временски период, то је већи будући износ. Модел константног или нормалног раста у вези је са очекивањем да дивиденде расту временом по некој константној стопи. Овај модел може се приказати обрасцем:

$$P_0 = \frac{D_0(1+g)}{(1+k_{CS})} + \frac{D_0(1+g)^2}{(1+k_{CS})^2} + \frac{D_0(1+g)^3}{(1+k_{CS})^3} + \dots + \frac{D_0(1+g)^\infty}{(1+k_{CS})^\infty}$$

где је: D_0 тренутна дивиденда која се исплаћује и која расте по константној стопи g а K_{CS} је адекватна дисконтна стопа.

Претходни образац може се поједноставити на следећи начин:

$$P_0 = \frac{D_1}{k - g}$$

где је D_1 дивиденда која се очекује на крају прве године.

Ова формула употребљава се кад год се процени да ће стопа раста будућих дивиденди бити константна. У пракси се врло често користи због своје једноставности и зато што представља најбољи опис стварног понашања великог броја акционарских друштава и, у многим случајевима, тржишта као целине.⁴

⁴ Претпоставимо да предузеће А тренутно плаћа 1 динар дивиденде по акцији а инвеститори очекују раст дивиденди по стопи од 7% годишње за неки будући период. За инвестирање на постојећем нивоу ризика, инвеститори траже принос од 15% годишње. Процењена цена акције овог предузећа је:

$$P_0 = \frac{D_1}{k - g} = \frac{1din(1,07)}{0,15 - 0,07} = 13,38din$$

D_1 је дивиденда у следећем периоду. Ако је D_0 позната, D_1 се може увек одредити као $D_1 = D_0(1+g)$, гдје је g очекивана стопа раста дивиденди. D_2 се, такође, може одредити као $D_2 = D_0(1+g)^2$ или $D_2 = D_1(1+g)$. Како је у нормалним условима тражена стопа приноса k већа од стопе раста дивиденди g , садашња вредност сваке будуће дивиденде опада.

Процењена цена акције је збир садашњих вредности будућих дивиденди, што се може израчунати употребом претходног обрасца. Иако тај образац нема обележје бесконачности, он се односи на све дивиденде од почетног периода до бесконачности. Овај модел, такође, имплицира да се за цену акције процењује раст по истој стопи као и за дивиденде, а то је вредност g . То значи да ће стопа раста цене, плус стопа раста дивиденди, бити једнака траженој стопи приноса k .⁵ Коришћени образац показује факторе који утичу на цену акција, под претпоставком да се модел константног раста може применити као приступ вредновања. Ако тржиште снизи тражену стопу приноса на акције, цена ће порасти, ако су остале величине непромењене. Уколико инвеститори сматрају да ће очекивани раст дивиденди бити виши, као резултат неког повољног дешавања по друштво, цена ће такође расти. Наравно, могуће су и супротне ситуације, пораст дисконтних стопа или смањење очекиване стопе раста дивиденди довешће до пада цена.

Садашња вредност израчуната уз помоћ претходног обрасца врло је осетљива на процене које инвеститор користи. Релативно мале варијације код улазних величина могу променити процењену цену за велике процентуалне износе.⁶ Ове разлике објашњавају стално варирање цена

⁵ Потврдићемо ову констатацију на примеру. Погледајмо поново наш пример за предузеће А. Процењена цена акције овог предузећа данас износи 13,38 дин, а на крају првог периода биће:

$$P_1 = \frac{(1,07)(1,07) \text{ din}}{0,15 - 0,07} = 14,31 \text{ din}$$

Ова процењена цена на крају првог периода је за 7% виша од данашње процењене цене или:

$$\text{Promena cene} = \frac{\text{krajnja cena} - \text{posetna cena}}{\text{posetna cena}} = \frac{14,31 \text{ din} - 13,38 \text{ din}}{13,38 \text{ din}} = 7\%$$

⁶ Погледајмо то на примеру. За предузеће А из претходног примера узимамо следеће податке:

акција на тржишту. Чак и да сви инвеститори користе модел константног раста дивиденди, за вредновање појединачне акције, процене ће бити различите из следећих разлога: 1) Сваки инвеститор има сопствене тражене стопе приноса, што за резултат има релативно широк опсег вредности k . 2) Сваки инвеститор има своју процену очекиване стопе раста дивиденди. Мада је овај опсег релативно узан, и мале разлике у процени g могу довести до значајних разлика у цени. Да закључимо, у одређеном тренутку, неки инвеститори спремни су да купују, други желе да продају акције, у зависности од њихових процена изгледа које има нека акција.

Модел вишеструког раста. Многа акционарска друштва расту брзо по високим стопама током низа година, а затим се тај раст успорава до неке “просечне” стопе. Друга друштва не исплаћују дивиденде одређени број година, обично током периода раног развоја. Модел константног раста није у стању да представи овакве ситуације. У ту сврху, може се користити модел вишеструког раста. Вишеструки раст се дефинише као ситуација у којој се очекивани будући раст дивиденди може приказати коришћењем две или више стопа раста. Мада је могућ различит број стопа раста, већина акција може се приказати помоћу две или три стопе (Blake, 2000: 201).

Добро познат модел вишеструког раста јесте **модел са два периода**. Овај модел претпоставља раст по убрзаној стопи извесно време (обично две

1. Дисконтна стопа k је сада 16% уместо ранијих 15%, док су остале величине непромење.

$$P = \frac{1din(1,07)}{0,16 - 0,07} = 11,89din$$

У овом примеру, раст k за 1% доводи до снижења цене за 11,14%, са 13,38 дин на 11,89 дин.

2. Претпоставимо да је стопа раста g 6% уместо 7%, уз остале непромење величине.

$$P = \frac{1din(1,06)}{0,15 - 0,06} = 11,77din$$

У овом случају, пад стопе g за 1% довео је до смањења цене за 12%, са 13,38 дин на 11,77 дин.

3. Дисконтна стопа је повећана на 16% а стопа раста дивиденди је пала на 4%.

$$P = \frac{1din(1,04)}{0,16 - 0,04} = 8,67din$$

У овом примеру, цена је пала са 13,38 дин на 8,67 дин, промена од чак 35%.

до 10 година), након чега следи стабилна дугорочна стопа раста која се одржава (стопа константног раста). Изражено у облику обрасца то изгледа овако:

$$P_0 = \sum_{t=1}^n \frac{D_0(1+g_1)^t}{(1+k)^t} + \frac{D_n(1+g_c)}{k-g_c} \cdot \frac{1}{(1+k)^n}$$

где је: P_0 - садашња вредност акције, D_0 - тренутна дивиденда, g_1 - супернормална (или субнормална) стопа раста дивиденди, g_c - стопа константног раста дивиденди, k - тражена стопа приноса, n - број периода супернормалног (или субнормалног) раста и D_n - дивиденда на крају периода абнормалног раста.

Први израз на десној страни обрасца дефинише низање дивиденди за n периода, које расту по високој (или ниској) стопи g_1 , дисконтоване по траженој стопи приноса k . Овај израз представља период супернормалног (наднормалног) или субнормалног (испод нормалног) раста, за време кога се очекује да дивиденде расту по непромењеној стопи. Други израз на десној страни је верзија константног раста, који се односи на очекиване дивиденде у наредном периоду $n+1$, подељене разликом између k и g_c . Дивиденда у периоду $n+1$ једнака је дивиденди за период n увећаној за нову стопу раста g_c . Вредност акције на почетку периода $n+1$ мора се дисконтовати до временског периода нула, множењем са одговарајућим дисконтним фактором. Други израз са десне стране обрасца представља P_n или очекивану цену акције изведену моделом константног раста на крају периода n . Очекивану цену акције на крају периода n , односно на почетку периода $n+1$, можемо одредити помоћу следеће формуле:

$$P_n = \frac{D_n + 1}{k - g_c}$$

Овако одређена очекивана цена акције P_n мора се дисконтовати до садашњости. Када овој вредности додамо вредност дисконтованих дивиденди из првог изрази, добијамо садашњу вредност акције P_0 .⁷

⁷ Погледајмо на примеру, вредновање компаније А применом стопе вишеструког раста. У нашем примеру, тренутна дивиденда је 1 дин и очекује се да расте по вишој стопи g_1 од 12% годишње, током 5 година. На крају тог периода очекује се нова стопа раста g_c у износу од 6% годишње, која ће остати константна. Тражена стопа приноса је 10%.

Први корак у процесу вредновања чини одређивање новчане дивиденде за сваку годину изнад нормалног раста. То се остварује увећавањем почетне дивиденде од 1 дин по стопи од 12%, за сваку од 5 година, на следећи начин:

$$D_0 = 1 \text{ din}$$

$$D_1 = 1 (1,12) = 1,12 \text{ din}$$

3.1.2. Дивиденде и капитална добит

Коришћење модела дисконтовања дивиденди ствара код инвеститора извесну забринутост, јер он садржи само бесконачне низове дивиденди. Многи инвеститори желе да рачунају и на капиталну добит. Дивиденде могу обезбедити солидне приходе, али куповина по ниској цени и продаја по високој пружа могућност за добром зарадом. Како се цена може укључити у процес вредновања акција и да ли то треба чинити?

Очекивана цена у будућности уграђена је у модел дисконтовања дивиденди, мада на први поглед није видљива. Да бисмо то увидели, поставимо питање: По којој цени можете да очекујете продају акције, коју сте купили, а планирате да је задржите три године? Цена коју ћете добити за 3 године од данас одражава очекивања купца у вези са дивидендама од тог тренутка надаље. Процењена цена акције данас износи:

$$D_2 = 1 (1,12)^2 = 1,25 \text{ din}$$

$$D_3 = 1 (1,12)^3 = 1,40 \text{ din}$$

$$D_4 = 1 (1,12)^4 = 1,57 \text{ din}$$

$$D_5 = 1 (1,12)^5 = 1,76 \text{ din}$$

Овако одређен низ дивиденди током периода изнад нормалног раста, морамо дисконтовати до садашњости, помоћу тражене стопе принос од 10%. Дакле:

$$1,12 / (1,10) = 1,02 \text{ din}$$

$$1,25 / (1,10)^2 = 1,03 \text{ din}$$

$$1,40 / (1,10)^3 = 1,05 \text{ din}$$

$$1,57 / (1,10)^4 = 1,07 \text{ din}$$

$$1,76 / (1,10)^5 = \underline{1,09 \text{ din}}$$

$$5,26 \text{ din}$$

Сабирањем дисконтованих дивиденди добијамо садашњу вредност акције за привих 5 година, што износи 5,26 дин. За процену вредности од шесте године надаље користи се модел константног раста:

$$P_n = \frac{D_n + 1}{(k - g_c)} = \frac{D_6}{(k - g_c)} = \frac{D_5(1,06)}{(k - g_c)} = \frac{1,76(1,06)}{0,10 - 0,06} = 46,64 \text{ din}$$

Ову очекивану цену акције на почетку шесте године у износу од 46,64 дин, морамо дисконтовати до садашњости, користећи фактор садашње вредности за 5 година и стопу приноса од 10%:

$$P_n \text{ дисконтовано до данас} = 46,64 \text{ дин} / (1 + 0,10)^5 = 28,97 \text{ дин}$$

Последњи корак је сабирање две садашње вредности:

$$5,26 \text{ дин} = \text{садашња вредност дивиденди првих 5 година}$$

$$28,97 \text{ дин} = \text{садашња вредност цене на крају пете године, која представља дисконтовану вредност дивиденди од шесте године до } \infty.$$

$$34,23 \text{ дин} = P_0, \text{ садашња вредност акције са вишеструком стопом раста.}$$

$$P_0 = \frac{D_1}{(1+k_{CS})} + \frac{D_2}{(1+k_{CS})^2} + \frac{D_3}{(1+k_{CS})^3} + \frac{P_3}{(1+k_{CS})^3}$$

P_3 је процењена цена акције на крају треће године и она је једнака дисконтованој вредности свих будућих дивиденди од четврте године до бесконачности, односно:

$$P_3 = \frac{D_4}{(1+k_{CS})} + \frac{D_5}{(1+k_{CS})^2} + \dots + \frac{D_\infty}{(1+k_{CS})^\infty}$$

Повезивањем последње две једначине, добијамо поново образац за основни модел дисконтовања дивиденди. Дакле, резултат је исти било да инвеститор дисконтује само низ дивиденди или комбинацију дивиденди и цене. С обзиром на то да је цена акције, у било ком тренутку у будућности, функција дивиденди које ће бити добијене након тог времена, цена акције се на најбољи начин може сагледати као дисконтована вредност свих будућих дивиденди.

3.1.3. Унутрашња вредност акције

Унутрашња вредност акције у ствари је њена садашња вредност, која се добија помоћу модела дисконтовања дивиденди. Уобичајено је да инвеститори и аналитичари одређују однос између унутрашње вредности (IV) неке берзанске хартије и њене тренутне тржишне цене (CMP). Тачније:

Ако је $IV > CMP$, хартија је потцењена и требало би је купити или је задржати ако је већ у власништву.

Ако је $IV < CMP$, хартија је прецењена и требало би је избегавати, односно продати.

Ако је $IV = CMP$, то значи да је хартија уравнотежена и добро вреднована.

Унутрашња вредност неке берзанске хартије је она вредност која постоји када је хартија од вредности коректно вреднована, то је њена "права" вредност заснована на капитализацији дохотка. Проблем са унутрашњом вредношћу је у томе што је она изведена из садашње вредности, која се ослања на процену несигурне будуће добити и употребу варирајућих дисконтних стопа од различитих инвеститора. Због тога, једна иста хартија може имати много унутрашњих вредности, у зависности од тога ко и колико њих спроводи вредновање. Управо зато су неку хартију од вредности, на одређени дан, неки инвеститори спремни да купе, а неки да продају (Millard, 1993: 31). И поред ових разлика, модели вредновања нису бескорисни. Појединачни инвеститори не могу да доносе одлуке без

адекватних процена вредности ефеката. Да ли ће цена неке акције на берзи за неког бити атрактивна, зависиће од његове тражене стопе приноса, процене будућег низања приноса од те акције и неких других фактора. Хартије од вредности треба бирати на основу концепта портфеља, односно, како се оне међусобно слажу као целина.⁸

На крају, не смемо изгубити из вида да инвестиционе одлуке увек подразумевају и способност да се ствари виде унапред. Процене се изводе на основу доступних информација али у условима неизвесности. Чак се и најбоље процене не морају остварити. Несигурност ће увек бити доминантна карактеристика услова у којима се доносе инвестиционе одлуке.

3.2. Приступ Р/Е коефицијента

Алтернативни метод вредновања акција, који често користе аналитичари, јесте приступ Р/Е коефицијента (однос цена и зарада) или приступ *умножавања зарада*. У ствари, аналитичари чешће користе овај метод од метода дисконтовања дивиденди (DDM). На први поглед, модел Р/Е коефицијента лакши је за употребу, међутим, та једноставност може довести до тога да инвеститори занемаре процену неизвесне будућности. Модел Р/Е није чврсто заснован на економској теорији као DDM.

Извештаји о Р/Е коефицијенту објављују се свакодневно у изворима, као што је "The Wall Street Journal" (Mishkin, Eakins, 2005: 260). Он представља вредност израчунату дељењем тренутне тржишне цене акције са последњих 12 месечних зарада. Овај коефицијент показује инвеститорима цену коју треба платити за сваки динар зараде. Дакле, Р/Е коефицијент не пружа основу за вредновање акција већ само показује однос постојећих вредности:

$$P_o = \text{тренутна тржишна цена} = E_o \times P_o/E_o$$

⁸ Пример: Ако је цена акције фирме У тренутно 55 дин по акцији, да ли је то добра прилика за куповину? Одговор је: Може али и не мора бити. Рецимо, Ви тражите 18% приноса да бисте ту инвестицију остварили, то је Ваш опортунитетни трошак. Претпоставимо, такође, да је тренутна дивиденда 6,25 дин и да се очекује раст по стопи од 6% годишње. На основу ових величина, коришћењем модела дисконтовања дивиденди, унутрашња вредност (оправдана цена) за ову акцију процењује се на приближно 52 дин по акцији. На основу принципа унутрашње вредности, У фирма је прецењена и не би требало куповати њене акције, ако је тренутна тржишна цена виша од 52 дин по акцији. Цена од 52 дин омогућава Вам да зарадите своју тражену стопу приноса од 18%. Ако платите нижу цену, можете зарадити више од тражене стопе приноса. Други инвеститори са другачијим мишљењем о вредности *k* и *g* могу бити на граници економичности при вредновању ове акције.

E_0 представља зараде које се користе за израчунавање овог коефицијента. На пример, могу се користити 12 последњих месечних зарада.

Да бисмо спровели модел мултипликације зарада и проценили вредност акције данас, морамо одредити вредност на десној страни претходног обрасца. Обично се у оквиру овог приступа користе процењене зараде за следећих 12 месеци. Тиме основни образац добија изглед:

$$P_0 = \text{процењене зараде} \times \text{оправдани } P/E \text{ коефицијент}$$

На пример, акција са процењеном зарадом од 3 динара по акцији за наредних 12 месеци продаће се за 45 динара, уколико су инвеститори спремни да плате 15 пута очекиване зараде. Ова ће се цена променити, како се мењају процене зарада или оправдани P/E коефицијент.

P/E коефицијент може се извести из модела дисконтовања дивиденди, који чини основу вредновања обичних акција. Овај процес ћемо илустровати само за случај константног раста. Кренућемо од обрасца за процену цене акције у моделу константног раста. Ознаку P_E употребићемо за представљање процењене цене.

$$P_E = \frac{D_1}{k - g}$$

Када обе стране претходне једначине поделимо са очекиваним зарадама E_1 , добијамо:

$$P_E / E_1 = \frac{D_1 / E_1}{k - g}$$

Претходни образац указује на факторе који утичу на процењени P/E коефицијент: 1) Коефицијент исплате дивиденди, D/E ; 2) Тражена стопа приноса; 3) Очекивана стопа раста дивиденди.

Могу постојати следећи односи, уколико су остали услови непромењени:

1. Што је већи коефицијент исплате дивиденди, то је већи P/E коефицијент.
2. Што је већа очекивана стопа раста g , то је већи P/E коефицијент.
3. Што је већа тражена стопа приноса k , то је нижи P/E коефицијент.

Морамо, међутим, имати на уму израз "ако остали услови остану непромењени", како се то често не догађа и претходни односи се не подразумевају. Сасвим је очигледно да, ако би фирма могла да повећа свој P/E

коэффициент, а тиме и своју тржишну цену, једноставним повећањем коефицијента исплате дивиденди, она би то и учинила да нема других последица. Једна таква акција би, по свему судећи, смањила будуће изгледе за раст фирме, снижавајући стопу g поништава се пораст у исплатама дивиденди. Слично томе, покушај повећања g , предузимањем посебно ризичних инвестиционих пројеката, довело би до тога да инвеститори захтевају више тражене стопе приноса, повећавајући вредност k . Тиме би се поништио позитиван ефекат повећавања вредности g . Променљиве величине g и k имају највећи утицај на одређивање Р/Е коефицијента. Њихове мале промене могу имати велики утицај на овај коефицијент.

Многи инвеститори сматрају да Р/Е коефицијент треба да буде виши код фирми код којих се очекује рапидни раст зарада. Међутим, није лако одредити пораст тог коефицијента. Само тржиште оцењује степен ризика који постоји код очекиваног будућег раста зарада. Ако виша стопа раста носи висок ниво ризика, то се мора одразити на Р/Е коефицијент. Поред тога, висока стопа раста може се приписати различитим факторима, од којих су неки пожељнији од других. На пример, рапидан раст продаје, услед велике потражње производа неке фирме, бољи је фактор раста у односу на повољну пореску ситуацију која се може променити.

4. Вредновање повлашћених акција

Повлашћене акције су хартије од вредности са фиксним дохотком, мада спадају у ред акција. Оне имају неке карактеристике хартија од вредности са фиксним дохотком (обвезница) али и карактеристике обичних акција. Повлашћене акције немају рок доспећа и стално доносе назначену дивиденду. Иако се сматрају вечним, многе емисије повлашћених акција се амортизују, што омогућава повлачење емисије, обично током дугогодишњег периода. Многе повлашћене акције могу бити опозване од емитената, што такође потенцијално ограничава њихов рок важности. На крају, велики број повлашћених акција могу се конвертовати у обичне акције.

Дивиденде на овај тип акција фиксно су одређене по емитовању и не мењају се. Оне су изражене у годишњим новчаним износима или у процентима од номиналне вредности. Носилац емисије може обуставити исплату повлашћених дивиденди, ако су зараде недовољне. Исплата повлашћених дивиденди врши се пре исплате дивиденди на обичне акције. Инвеститори сматрају повлашћене акције мање ризичним од обичних акција, јер је дивиденда одређена и исплаћује се пре оних на обичне акције. Оне се, међутим, сматрају ризичнијим од обвезница, јер

власници обвезница имају приоритет у наплати, у случају ликвидације. Зато би инвеститори требало да траже више стопе приноса на повлашћене акције него на обвезнице истог емитента, али нижу стопу у односу на ону за обичне акције. Ови односи могу бити поремећени постојећом пореском политиком.

Вредност неке вечите акције може се израчунати на следећи начин:

$$V_p = \frac{C}{(1+k_p)} + \frac{C}{(1+k_p)^2} + \dots$$
$$V_p = \frac{C}{k_p}$$

где је: V_p - садашња процењена вредност повлашћене акције, C - константни годишњи прилив новца, k_p - тражена стопа приноса.

За вредновање повлашћене акције, као вечите акције, уместо вредности C , из претходног обрасца, користимо повлашћену дивиденду D , а k_p ћемо заменити одговарајућим траженим приносом k_{ps} , тиме добијамо нешто измењени образац:

$$V_{ps} = \frac{D}{k_{ps}}$$

Повлашћену акцију лако је вредновати јер су приливи новца познати и заувек фиксирани. За вечиту акцију није потребно израчунавати садашњу вредност, што умногоме поједностављује процес вредновања. Ако су нам две вредности у последњем обрасцу познате, лако можемо одредити трећу. На основу тренутне тржишне цене можемо израчунати принос на следећи начин:

$$k_{ps} = \frac{D}{P_{ps}}$$

Са порастом тражене стопе приноса цена повлашћене акције опада. Пошто је бројилац фиксна вредност, вредност (цена) повлашћене акције мења се са променом тражене стопе приноса. Ове стопе приноса, које траже инвеститори, варирају протеком времена у зависности од тога како се каматне стопе и други фактори мењају.

5. Закључак

Основни приступи за вредновање обичних акција јесу: Приступ садашње вредности (метод капитализације дохотка) и приступ Р/Е коефицијента (умножавање зарада). Анализа садашње вредности за акције значи да се будући приливи новца, који ће бити остварени од акције, дисконтују уназад до садашњости, по одговарајућој дисконтној стопи (стопа приноса коју тражи инвеститор). Поред овог, у анализи акција често се користи приступ Р/Е коефицијента, по коме вредност акција зависи од умножавања њених будућих зарада. У ствари, инвеститори одређују вредност или цену акције одлуком колико динара су спремни да дају за сваки динар процењених зарада.

Израчуната садашња вредност базира се на проценама које инвеститор користи. Релативно мале варијације код улазних величина, могу променити процењену цену акције у великом износу. Ове разлике објашњавају стално варирање цена акција на тржишту. Чак и да сви инвеститори користе исти модел раста дивиденди за вредновање појединачне акције, процене ће бити различите с обзиром на то да сваки инвеститор има сопствене тражене стопе приноса, као и своју процену очекиване стопе раста дивиденди. Мале разлике у процени улазних величина могу довести до значајних разлика у цени. Да закључимо, у одређеном тренутку, неки инвеститори су спремни да купују, други желе да продају акције, у зависности од њихових процена појединачних акција. То доприноси сталној активности тржишта акција.

Алтернативни метод за вредновање акција, који често користе аналитичари, јесте приступ Р/Е коефицијента (однос цена и зарада). У ствари, аналитичари чешће користе овај метод од метода дисконтовања дивиденди (DDM). На први поглед, модел Р/Е коефицијента лакши је за употребу, међутим, та његова једноставност може довести до тога да инвеститори занемаре процену неизвесне будућности. Модел Р/Е није чврсто заснован на економској теорији као DDM.

Уместо посматрања ових модела као искључивих алтернатива, боље их је користити као допуну један другом. Оба приступа су корисна и заједно могу омогућити инвеститорима боље изгледе за вредновање акција.

Литература

- Blake, D. (2000). *Financial Market Analysis*. Chichester, John Wiley & Sons, Ltd
- Evans, I., Archer, S. (1968). Diversification and the Reduction of Dispersion: An Empirical Analysis. *The Journal of Finance*. 23. 761-767.

Jones, C.P. (2013). *Investments: Analysis and Management*. New York, John Wiley & Sons. Inc.

Jones, C.P. (1994). *Investments: Analysis and Management*. New York, John Wiley & Sons. Inc.

Millard, B.J. (1993). *Stocks and Shares*. Chichester, John Wiley & Sons Ltd.

Mishkin, F.S., Eakins, S.G. (2005). *Financijska tržišta + institucije*. Zagreb: Mate.

Николић, Љ. (2008). *Берзанско право и пословање*. Ниш: Five&Co.

Siegel, J.J. (2008). *Stocks for the Long Run*. New York, The McGraw-Hill Companies.

Ljubica Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Valuation of Common and Preferred Stocks

Summary

Buying stocks is a modern way of investing. The investors may place the available capital on the domestic and foreign stock market, they may buy more stocks of a single issuer or distribute money to purchase stocks of various public (stock-exchange) companies, and they may form a portfolio of various securities. The investors' decisions on these options are based on their estimate on returns and risks underlying individual security instruments (securities). The two basic approaches to valuation of common stocks are: the Present Value Approach (method of valuating the capitalization of income) and the P/E Ratio Approach (the method of valuating the multiple of per-share earnings). Instead of viewing these methods as competing alternatives, they should better be viewed as mutually complementary methods. Both methods are equally useful and their concurrent use may provide better grounds for the analysts' valuation of stocks.

Keywords: stocks, returns, risks, valuation.

Др Милева Анђелковић,*

Редовни професор Правног факултета,

Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.225.2

Рад примљен: 25.03.2014.

Рад прихваћен: 25.04.2014.

ФИСКАЛНИ САВЕТИ КАО МЕХАНИЗАМ УСПОСТАВЉАЊА ФИСКАЛНЕ ДИСЦИПЛИНЕ**

Апстракт: Рад се бави анализом улоге фискалних савета у подстицању фискалне дисциплине у актуелној економској кризи. У првом делу рада објашњавају се разлози који опредељују све већи број држава да уведу овакве институције. У другом делу рада, даје се краћи преглед организације и надлежности фискалних савета. Ове институције посебан значај имају за ново економско управљање у оквиру ЕУ. Из не тако дугог искуства примене фискалних савета, ипак се уочава одређена добра пракса у њиховом функционисању. То је дало повода стручњацима у оквиру ОЕЦД да формулишу одређене принципе који би помогли државама које намеравају да уведу или су у фази увођења фискалних савета. Фискални савет Србије суочава се са проблемима непоштовања фискалних правила што ће се неповољно одразити на стање у јавним финансијама. У последњем делу рада указује се на одређене тешкоће у односима ових институција са фискалним властима које су се испољиле у пракси неких држава.

Кључне речи: фискални савети, фискална правила, консолидација јавних финансија.

1. Увод

Атрактивност фискалних савета, као буџетских иновација, све више заокупља пажњу савремених економских теоретичара, али и шире научне

* mevi@prafak.ni.ac.rs

** 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.

и стручне јавности, посебно у земљама са развијеном демократском традицијом. Отклањање тешкоћа актуелне економске кризе захтева дубље структурне промене које на кратак рок нити је лако нити је једноставно спровести. Зато се у знатном броју држава приступа институционалним реформама са очекивањима бржег превазилажења лошег стања у јавним финансијама. Постављање фискалних правила, промене у буџетској процедури као и увођење фискалних савета (тамо где нису постојали и функционисали) усмерени су на консолидацију односа у јавној потрошњи.

Потпуно самосталних фискалних институција, по узору на независне комитете за монетарну политику у оквиру централних банака, за сада нема. То би, несумњиво, у постојећој политичкој констелацији односа представљало радикално решење (Wyplosz, 2005:79). У традиционалном смислу, тиме би се озбиљно нарушио суверенитет парламента да одлучује о буџету.¹ Зато се прибегава успостављању механизма „ограничене дискреције“ над фискалном политиком. У представничкој демократији једина поуздана опција јесте да се омогући бирачима да политичаре учине одговорним за примену поуздане фискалне политике. У томе им могу помоћи независни фискални савети кроз побољшање квалитета јавне расправе о фискалној политици. Они омогућавају смањење асиметричности информација везаних за вођење фискалне политике што се до сада показало као плодно тло за склоност ка фискалном дефициту. У том смислу, у теорији се сматра да само добро информисани бирачи могу санкционисати неодговорне политичаре на следећим изборима (Debrun, Takahashi, 2011:45). Постојећи фискални савети формално немају моћ да одлучују о вођењу фискалне политике и углавном имају саветодавну улогу. Они могу да предлажу, опомињу, упозоравају, али влада и парламент су суверени у одлучивању да ли ће поступати по њиховим препорукама или ће их игнорисати. Такво поступање може имати политичку цену у јачању одговорности фискалних власти или у опадању њиховог ауторитета. Увођење фискалних савета има посебан значај у оквиру ЕУ усвајањем правила за ново економско управљање и јачање фискалне одговорности држава чланица. Интересантно је питање да ли фискални савети могу допринети јачању улоге националних парламената у овим земљама? Сагледавање тренда увођења или оснаживања постојећих фискалних савета, посматрано не само са економског него и са правно-политичког

1 Зашто би политичари пристали на преношење фискалне власти на неизабране представнике? Да ли је то у интересу шире јавности, због тренда фискалне транспарентности, која ионако не разуме сложен свет јавних финансија и доступно јој је само оно што се званично објави о вођењу фискалне политике? Или се јавно мњење постепено припрема за прихватање независних фискалних институција које би одређивале циљеве и правце вођења фискалне политике.

становишта, треба да нам пружи одговоре на два кључна питања. Прво, у којој су мери фискални савети ефикасни механизми остварења буџетске равнотеже и стабиловања финансијских токова? Друго, да ли деловање ових институција може ојачати традиционално право парламента да одлучује о буџетској политици и да учини фискално одговорнијом извршну власт?

2. Разлози (мотиви) за увођење фискалних савета

Фискални савети постају предмет интензивнијег проучавања, посебно економских теоретичара, са појавом економске (фискалне) кризе и проистеклих последица у виду нагомиланих буџетских дефицита и нараслог јавног дуга у већини савремених држава. Оригинална идеја о фискалним саветима која потиче из средине деведесетих година двадесетог века имала је у виду стварање политички независног учесника у националном буџетском процесу, који би решио проблем склоности ка дефициту својственом савременим демократијама (Hagen, 2010:32). Озбиљност наведених проблема намеће њихово одговорно и благовремено решавање са циљем релативно брзог стабиловања стања у јавним финансијама. Због тога не чуде предлози неких теоретичара о успостављању независних фискалних институција, по угледу на монетарне савете у независним централним банкама.² То би, несумњиво, представљало радикалан захват у фискална овлашћења законодавне власти са неизвесношћу у погледу остварења жељеног циља, односно, консолидације јавних финансија и дугорочне одрживости фискалне политике. Међутим, решавање кризе јавних финансија мора се поставити у шири оквир предузимања скупа економско-политичких мера као и редефинисања односа законодавне и извршне власти. Правно-политички аспект успостављања оваквих јавних институција треба да расветли њихове предности и недостатке у контексту ширине пренетих фискалних овлашћења и функционално-оперативне независности у односу на парламент и владу.

Савремени институционални оквир за увођење оптималне (флексибилне) фискалне политике чине промене у буџетској процедури, средњорочни макроекономски оквир, фискална правила, фискални савети и фискална транспарентност. У литератури се изражава уверење да јачање фискалне одговорности владе посебно могу подржати активности независних фискалних институција кроз надгледање и процену фискалних кретања

² Током 80-тих година XX века упорност високе инфлације подстакла је интелектуалну расправу о важности давања оперативне независности централној банци од стране изабраних политичара у увођењу политике стабилности цена. Крајем 90-тих година двадесетог века многе централне банке су добиле пуну контролу над монетарном политиком у контексту изричитог мандата да обезбеђују ниску и стабилну инфлацију.

(Cottarelli, 2009:12). Институционализација фискалних савета постаје актуелна током економске кризе будући да све већи број држава, уз фискална правила, уводи посебна тела са основним циљем очувања фискалне дисциплине. Фискална правила се нису показала ефикасним механизмом за спречавање кризе јавних финансија тако да су скоро свуда била прекршена. Као последица тога, све више се јављају размишљања о корисности фискалних савета као гаранта ефикаснијег извршавања ових правила (Price, 2010:32).³ Проблеми у вези са применом фискалних правила уведених пре или током процеса фискалне консолидације (њихова ригидност, прикривање слабе фискалне позиције путем креативног рачуноводства) утицали су на неке државе да се одреде за стварање фискалних агенција са задатком да надгледају и процењују фискалну ситуацију. Њихова слабија успешност у побољшању дуговне одрживости вероватно се налази у чињеници да оне немају дискрециона овлашћења у вођењу фискалне политике. С обзиром да политичари увек имају коначну реч, склоност ка дефициту може постојати чак и када у држави делују фискалне агенције (савети) (Kamalodin, 2011:11).

Све више у академским круговима али и политичкој јавности, јача уверење да би независне фискалне институције могле да допринесу решавању горућих проблема нагомиланих буџетских дефицита и јавног дуга у великом броју земаља света. Ширење фискалне неравнотеже подстакло је неке ауторе да предложе уградњу глобалног правила о кочници за дугове у уставе економски развијених земаља које имају високе нивое јавног дуга, чију би примену надгледало независно, транснационално надзорно тело које би могло да буде лоцирано у оквиру ЕСМ (Европског Стабилизационог Механизма) и ММФ (Dolls, Peichl, Zimmermann, 2011:4). Подржавање процеса фискалне консолидације кроз успостављање нарушене фискалне дисциплине постаје важан задатак независних фискалних савета као фискалних „посматрача“ објективности и транспарентности буџетског процеса и одрживости буџетске политике (Posner, Blöndal, 2011:16). У литератури се најчешће наводе три аргумента за увођење фискалних савета (Eichengreen, Feldman, Lilbman, Hagen, Wyplosz, 2011:29-30). Прво, побољшање транспарентности и предвидивости јавних финансија, јачање дугорочне оријентације фискалне политике и превазилажење дистрибутивних конфликта. Друго, доношење одлука о фискалној политици не водећи довољно рачуна о интертемпоралним буџетским ограничењима. Треће, на фискалне савете се гледа као на инструменте за

³ Ако фискални савети треба да проверавају примену прихваћених фискалних правила а немају механизме за спречавање њиховог непоштовања, поставља се питање праве сврхе инсистирања на ширем увођењу оваквих институција, посебно у оквиру ЕУ.

постизање координације у одлукама различитих учесника у буџетском процесу.

Други аутори истичу да деполитизирањем различитих аспеката фискалне политике фискални савети могу боље да информишу бираче о актуелном стању јавних финансија и да повећају политичке трошкове фискалне недисциплине (Hagemann, 2010:5). Најшире посматрано, фискални савети могу помоћи да се ограничи политички утицај на техничке аспекте формулисања фискалне политике. Сматра се да би у неким случајевима овим институцијама могла да се додели кључна улога у надгледању фискалног учинка у оквиру договореног средњорочног оквира, укључујући и поштовање фискалних правила. Фискални савети, који су овлашћени да се баве позитивном економском анализом, имају индиректну али потенцијално ефективну улогу у ограничавању политички мотивисане склоности ка дефициту, побољшањем фискалне транспарентности и указивањем на стварне трошкове фискалних одлука. У случају нормативне улоге, предвиђањима и сугестијама, фискални савети могу помоћи задобијању јавне подршке владине фискалне политике. Нужни предуслови за ефикасност деловања ових институција, у суштини, зависе од ширине сагласности о фискалним циљевима и спремности владе да потпуно укључи фискални савет у процес доношења фискалних одлука (Hagemann, 2010:11).

У литератури се износе мишљења о потенцијалу фискалних савета да подрже фискалну консолидацију кроз њихово деловање на фискални учинак и пружањем ширих увида у захтеве овог процеса, но што је то случај са применом самих фискалних правила. У већини држава, после увођења нумеричких фискалних правила, активирани су фискални савети тамо где су постојали. Овај тренд је у складу са сазнањима да фискални савети могу допринети отклањању тешкоћа у примени фискалних правила. Уколико ове институције имају довољно кредибилитета, могле би да надгледају примену сложенијих фискалних правила, укључујући правила формулисана у структуралним изразима или оним са механизмом аутоматске корекције грешака. Поред тога, додатна привлачност везана за коришћење фискалних правила била би да фискални савет помаже политичарима у одлучивању када је кршење правила оправдано економским условима, што би чинило могућим отпочињање процеса фискалне консолидације (Sutherland, Hoeller, Merola, 2012:27-28).

3. Организација и надлежност фискалних савета

Основни проблем у вези са установљавањем фискалних савета тиче се њихове организације и делокруга рада. Један од аутора који се више бавио овим питањем наводи три варијанте ових тела мада не искључује друге моделе (Wyplosz, 2008:183-185). Меки фискални савет има само саветодавну улогу чије се препоруке јавно објављују и може своју ефективност доказати у јавној дебати (Белгија, Данска, Чиле, Холандија, Шведска). Чврсти фискални савет има овлашћења доношења одлука о буџетској равнотежи сваке године и оне су обавезне за парламент и владу. Веома мек фискални савет подразумева експертску процену која се у виду *inpruta* укључује у буџетски процес (немачки Савет академских експерата, Фискални савет у Јапану и Конгресни буџетски уред у САД).

У Извештају ММФ (The Functions and Impact of Fiscal Councils, 2013:10), у коме су презентовани резултати истраживања функционисања фискалних савета закључно са јануаром 2013. године, наводе се њихова три институционална модела. *Самосталне институције* су најближе моделу предложеном у литератури. Оне немају органске везе са креаторима политике изван процедуре постављања механизма одговорности и често су предвиђене Законом о фискалној одговорности, који садржи изричите гаранције њихове независности. *Фискални савети, формално, под извршном или законодавном влашћу*, варирају од правно одвојених тела са добро дефинисаном надлежношћу и строгим гаранцијама независности до тела која су интегрални део парламента (често познати као парламентарни буџетски одбори) или министарства. Ови други своју оперативну независност дугују погодностима везаним за аполитичну улогу у буџетском процесу и јавној дебати. *Фискални савети повезани са другим независним институцијама* могу се наћи у централним банкама, ревизорским институцијама и независним статистичким агенцијама. Овакав модел омогућава фискалним саветима стицање непосредне користи од независности њихових домаћина и од економије обима, али захтева јасне процедуре како би се избегла конфузија у погледу разграничења њихових функција.

Један од теоретичара, који се посебно залаже за постојање независних фискалних институција (Debrun, 2011:3), истиче да у литератури не постоји сагласност о задацима који би требало да буду додељени фискалним саветима, коју институционалну форму би требало да имају као и да ли би требало да буду допуна или уместо тога замена за фискални оквир заснован на правилима. Оно што се уочава као заједничка појава јесте да већина фискалних савета функционише уз фискална правила. Фискални

савети могу допуњавати фискална правила најмање на два начина. Прво, они могу пратити да ли се фискална правила примењују и ако дође до њиховог кршења обавестити о томе јавност. Друго, у сложеним економским околностима, ове институције могу саветовати владу да одступи од ових правила или како да их побољша.

У литератури (Calmfors, 2011:13-15) преовлађује схватање да би фискални савети могли да имају непосредан дисциплинирајући ефекат у мери у којој склоност ка дефициту зависи од недовољног разумевања дугорочних последица фискалне политике и међу политичарима и бирачима или када политичари делују у сопственом интересу. Повећавањем фискалне транспарентности фискални савет би могао да учини владу одговорнијом и тако да отежа политичарима да следе сопствене интересе. То би могло да се учини објективним проценама фискалног система указивањем на покушаје креативног рачуноводства, независним анализама макроекономског развоја, што би осујетило настојања политичара да бирачком телу представе предности дефинисане политике само на кратак рок кроз повећање друштвеног производа и запослености. На основу постојеће праксе и различитих предлога, задаци фискалних савета били би следећи: обезбеђење објективних макроекономских предвиђања на којима се може базирати владин предлог буџета; процена трошкова различитих владиних иницијатива; *ex ante* процена вероватноће да ће фискална политика постићи постављене средњорочне циљеве; *ex post* процена да ли је фискална политика постигла своје циљеве; анализа дугорочне одрживости фискалне политике; нормативне препоруке о финансијској политици.⁴

Главна функција фискалних савета јесте анализа и процена техничке исправности предлога буџетског акта или било ког другог законског предлога у фискалној сфери, укључујући њихову усаглашеност са фискалним правилима, пре законског усвајања. Њихово ближе назначење огледа се у вршењу реалних процена трошкова и макро-економских последица буџетских закона током краткорочног и средњорочног периода до дугорочне перспективе. У суштини, главни разлог њиховог постојања јесте подржавање буџетске дисциплине и транспарентности у јавним финансијама током политичког процеса одлучивања, што даље помаже снажење кредибилитета владе (Kopits, 2011:2).

⁴ У литератури се наилази на класификацију задатака фискалних савета у виду основних функција, међуфункција и напредних функција. Вид. више о томе: Santiso, C., Varea, M. (2013). Strengthening the Capacities of Parliaments in the Budget Process. IDB. Policy Brief No. IDB-PB-194:9

Приликом установљавања фискалног савета требало би размотрити неколико аспеката: независност, састав и утицај (Calmfors, 2011:19-23). Фискални савет би требало да има јасна овлашћења без мешања владе у његове активности. У највећој мери, томе доприноси дугорочно финансирање без могућности смањења средстава у случају политички непопуларних закључака. На политичку независност велики утицај има лоцираност фискалног савета у оквиру владе или у оквиру парламента. Чланови фискалног савета могли би да се бирају из најмање четири групе лица: академски истраживачи, експерти јавних финансија из различитих делова државне администрације, аналитичари у финансијском сектору и бивши политичари. Јасно прецизирање овлашћења фискалног „посматрача“ јесте битно за његов утицај. Дугорочно посматрано, утицај фискалног савета је одређен квалитетом његовог рада. У кратком року, став владе према фискалном савету је веома значајан. Из свега наведеног, може се закључити да је деловање фискалног савета више индиректно кроз јавну дебату припремањем јавних извештаја. Интересантно је да скоро половина фискалних савета, уведених после 2005. године, одржава редовне формалне консултације са владом или расправе у парламенту, што им омогућава директнији приступ доносиоцима економских (фискалних) одлука.

По природи посла, ефективност фискалних савета није непосредно мерљива. У одсуству појединачног индикатора учинка, анализа која је вршена у оквиру ММФ заснива се на обухватној корелацији између постојања фискалног савета и три индикатора који би били повезани са његовом ефективношћу: фискални учинак, медијски утицај и квалитет буџетских предвиђања (The Functions and Impact of Fiscal Councils, 2013:26). Фискални савети би могли допринети побољшању фискалног учинка кроз два главна начина. Прво средство јесте ограничавање политичког утицаја на формулисање и вођење фискалне политике. Информисањем јавности о стварном стању јавних финансија, фискални савети би могли повећати политичке трошкове фискалне недисциплине и подстаћи вођење одговорне фискалне политике. Други, директнији начин њиховог утицаја, јесте кроз технички допринос буџетском процесу и вођењу фискалне политике (израдом или проценом макроекономских предвиђања као и надгледањем примене фискалних правила или проценом услова за активирање излазних клаузула) (The Functions and Impact of Fiscal Councils, 2013:51).

4. Значај фискалних савета за јачање буџетске улоге парламента

Парламенти су данас много активнији у буџетској материји настојећи да поврате своју традиционалну позицију у процесу одлучивања о трошењу буџетских средстава. Како би учинили владу фискално одговорнијом, њима је потребна помоћ у разумевању сложених буџетских питања и процедура. Адекватно учешће парламената у буџетском процесу захтева поуздане и објективне информације ради конструктивног учествовања у формулисању буџета. Независне буџетске јединице могу обезбедити такве информације законодавним телима што их ставља у равноправнији положај са извршном влашћу, када се одлучује о вођењу фискалне (буџетске) политике (Anderson, 2009:3).

У савременој литератури се сматра да парламенти могу побољшати свој утицај са буџетским овлашћењима којима већ располажу, уколико ојачају њихове техничке и институционалне капацитете. Креирање парламентарних буџетских одбора унутар парламената представља институционалну иновацију која омогућава законодавцу да се ангажује у буџетском процесу на објективнији, ефективнији и одговорнији начин (Santiso, Varea, 2013:2). Улога фискалних савета усмерена је на оснажење легитимности буџетског процеса кроз ограничавање владиних покушаја да различитим креативним операцијама одступи од утврђених фискалних правила, што ће боље гарантовати и транспарентност и демократску контролу одлука о јавним рачунима (Magarò, 2013:70). На тај начин, могу се оповргнути приговори противника парламентарне надзорне функције у буџетској и финансијској материји да парламенти обично немају довољно информација или техничког капацитета како би имали активнију улогу у буџетском процесу.

5. Односи фискалног савета и парламента у новим европским фискалним оквирима управљања

Међународна финансијска криза која се брзо трансформисала у суверену кризу дуга у еврозони, натерала је ове државе да предузму дубље структурне реформе како би смањиле буџетске дефиците и оснажиле своје економије. Механизми утврђени Пактом о стабилности и расту показали су се неефикасним у обезбеђивању фискалне дисциплине. Ради ублажавања последица кризе ствара се нови институционални оквир који треба да омогући одговорно управљање јавним финансијама. Крајем 2011. године усваја се пакет законодавних мера под називом

„пакет 6“ (*Six Pack*) који обухвата пет нових уредби и једну директиву⁵. Према усвојеној Директиви, поред осталих правила у погледу буџетских оквира, предвиђају се институционални аранжмани којима се обезбеђује независна буџетска контрола и јачају елементи транспарентности у буџетском процесу. Ради ефикасније примене онога што је установљено овом буџетском Директивом (Lamprea, 2013:595), Комисија је усвојила заједничке принципе с обзиром на главне захтеве које би национални фискални савети требало да задовоље.⁶ Принцип 7 захтева независност или функционалну аутономију ових институција. Очекује се да делују као „чувари“ транспарентности и кредибилитета корективних механизма у складу са националним фискалним правилима и активирањем излазних клаузула. Дотична држава чланица биће обавезна да поступи у складу са препорукама овог тела или да јавно објасни зашто није прихватила његове савете.

Ступањем на снагу новог законодавног пакета жели се да се оснажи Пакт о стабилности и расту, односно појача дејство фискалних правила. Имајући у виду чињеницу да се ради о секундарном законодавству Европске уније, Европски савет је марта 2012. године усвојио Споразум о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији, чији централни део чини Фискални споразум (ступио је на снагу 1.1.2013. године као међудржавни уговор).⁷ Фискални споразум предвиђа увођење „златног правила“ буџетске равнотеже како би се осигурала фискална дисциплина држава чланица као и успостављање фискалних институција на националном нивоу, одговорних за надгледање поступања у складу са договореним фискалним оквирима. Препознавајући домаћај и потенцијалне последице ефеката преливања економске и буџетске ситуације унутар еврозоне, маја 2013. године ступио је на снагу „пакет 2“ (*Two pack*). Нове две уредбе предвиђају, између осталог, да у земљама еврозоне макроекономске пројекције на којима се базирају нацрти буџета, припремају или бар потврђују независне институције (*The importance and effectiveness of national fiscal frameworks in the EU*, 2013:81). Уредба Савета ЕУ 473/2013 нуди формалну дефиницију „независног фискалног савета“ као „тела коме је дата функционална аутономија у односу на фискалне власти државе чланице задуженог за праћење примене националних

5 Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011 on requirements for budgetary frameworks of the Member States, *Official Journal of the European Union*, L 306/41

6 European Commission, *Common principles on national fiscal correction mechanisms*, COM (2012) 342, 20 June 2012.

7 Уградња Фискалног споразума у националне законе требало је да се заврши до краја 2013. године што ће проверавати Европски суд правде.

фискалних правила“.⁸ Европско законодавство, у суштини, покушава да заштити независност фискалних савета од фискалних власти али истовремено захтева од држава чланица да уведу најпогоднија средства како би ове институције учинили одговорним парламентима.⁹ Њихове функције су потенцијално комплементарне у буџетској и финансијској контроли јер фискални савети имају аналитичку и саветодавну активност док парламенти врше политички надзор (Griglio, Lupa, 2012:363-364). На тај начин, захваљујући вези са фискалним саветом, позиција парламента према извршној власти биће појачана у контроли буџетске и фискалне материје на националном нивоу у оквиру Европског семестра и у оквиру процедура за надзор испуњавања средњорочних буџетских циљева (Fasone, Griglio, 2013:301).

Немачка и Финска су поднеле меморандум којим предлажу оснивање нове комисије за надгледање рада званичног Брисела која би обухватала националне фискалне савете држава чланица, јер сматрају да Европска комисија користи „донекле произвољни арбитражни приступ“ у процењивању спровођења нових буџетских правила од стране појединих држава. Ова најновија иницијатива показује да је стварање фискалне уније у садашњим кризним условима веома тежак задатак за европске политичаре.

6. Принципи ОЕЦД-а о фискалним саветима

Имајући у виду повећање броја фискалних савета и потребу за њиховим ефикаснијим функционисањем, у међународној пракси се чине покушаји утврђивања добре праксе и дефинисања принципа њиховог функционисања у виду препорука, како би се превазишле тешкоће уочене у досадашњем деловању. Искуство земаља са дужом традицијом постојања фискалних савета показује да чак и кад се не слажу увек са његовим проценама, ове институције се сматрају важним партнерима министрима финансија и парламентарним буџетским комитетима у унапређењу одговорне фискалне политике. Могу се идентификовати следеће добре праксе које су критичне за ефективну независност фискалних институција (Korpić, 2011:17-19).

Прво, институција мора одговарати домаћим условима у сваком погледу, наиме, домаћем правном оквиру и политичкој култури. Не би требало

8 Council Regulation (EU) No 473/2013 of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the member states in the euro area, OJ L 140/11, 27 May 2013.

9 То подразумева да су државе чланице слободне у избору институционалних аранжмана независних фискалних тела.

да буде преузета из иностранства или установљена под притиском регионалних или међународних власти. Битно је да буде заснована на широком политичком консензусу.

Друго, институција мора бити независна, аполитична, технички компетентна и одговорна парламенту.

Треће, фискална институција може вршити стварни надзор над фискалном политиком обављањем својих задатака уз подршку квалификованог техничког особља и са неограниченим приступом правовременим информацијама које пружа влада.

Четврто, надлежност институције требало би да се састоји у процени фискалног стања¹⁰ и одрживости јавног дуга, укључујући надзор над поштовањем фискалних правила, кроз благовремене процене буџетских ефеката свих законских предлога.

Пето, новоосновани фискални савет мора отпочети са радом што пре.

Шесто, институција мора да развије ефективне комуникационе канале веома рано, посебно са медијима.

У оквиру ОЕЦД-а, захваљујући ангажовању стручњака из парламентарних буџетских одбора и независних фискалних институција, формулисани су одређени принципи који одражавају кључне вредности у функционисању и поштовању ових институција. У постављању принципа пошло се од доста широке дефиниције која је прилагођена различитој пракси у оквиру ОЕЦД. Као независна фискална институција сматра се *јавно финансирано независно тело, под законском влашћу владе или парламента које обезбеђује непристрасне прегледе и анализе, и у неким случајевима даје савете, о фискалној политици и учинку*. Предложена 23 принципа (OECD Principles for Independent Fiscal Institutions, 2013:5-8) груписана су у 9 широка наслова: 1. прилагодљивост локалним потребама што ће утицати на избор улоге и састава независне фискалне институције; 2. независност и одсуство политичког утицаја; 3. јасно одређена надлежност у прописима више правне снаге са прецизирањем улоге у буџетском процесу; 4. средства морају бити довољна за обављање делатности; 5. предвиђање механизма који успостављају одговорност према законодавном телу а посебно однос са парламентарним буџетским комитетом; 6. благовремени приступ свим релевантним информацијама, укључујући методологију и претпоставке на којима се заснивају фискални предлози и буџет; 7. пуна транспарентност у њиховом раду пружа највећу заштиту независности

10 Превод термина *fiscal stance* у смислу очекиваних и жељених утицаја на будућа економска кретања због опорезивања и државног трошења.

ових институција објављивањем извештаја и анализа; 8. развијање ефективних комуникационих канала, посебно са медијима, цивилним друштвом и другим заинтересованим субјектима; 9. екстерна процена.

7. Фискални савет Србије

Изменама и допунама Закона о буџетском систему октобра 2010. године у Србији је установљен Фискални савет и уведена су фискална правила, као део финансијског аранжмана са ММФ. Фискални савет је независни државни орган који је за обављање послова из своје надлежности одговоран Народној скупштини. Као независно стручно тело формиран је да би се надзирало спровођење фискалних правила, унапредила култура фискалне одговорности и да би се утицало на формирање јавног мњења у вези са фискалном политиком (Врањеш, 2011:447). Фискални савет је почео да функционише априла 2011. године. Састоји се од три члана, која на предлог председника Републике, министра финансија и гувернера Народне банке Србије, бира Народна скупштина. Чланови фискалног савета морају поседовати висока стручна знања, не могу обављати друге јавне функције и не могу бити чланови политичких странака нити се у свом раду могу водити политичким уверењима. Мандат чланова савета траје шест година и за свој рад су одговорни Народној скупштини.

Фискални савет обавља следеће *функције*:¹¹ (1) проверава макроекономске и фискалне претпоставке коришћене за израду Фискалне стратегије; (2) даје независну и кредибилну оцену мера економске политике које предлаже Влада у циљу остваривања квантитативних фискалних циљева које је Влада поставила; (3) процењује основне фискалне ризике као и колика је вероватноћа да ће Влада испунити своје фискалне циљеве у будућности; (4) процењује у којој мери је Влада у прошлости поштовала правила која је утврдила; (5) процењује да ли има основа за активирање било које одредбе за изузетне околности и колика је вероватноћа да ће Владин план прилагођавања омогућити повратак поштовању фискалних правила; (6) проверава адекватност економских класификација, укључујући правилну класификацију капиталних издатака, како би се обезбедило исправно мерење квантитативних фискалних циљева. Фискални савет обавља и следеће *задатке*: (1) припрема мишљење о нацрту Фискалне стратегије; (2) припрема и доставља Народној скупштини анализу: а) ревидиране Фискалне стратегије за одговарајућу фискалну годину; б) предлога закона о буџету Србије, који подразумева и предлог ребаланса, као и анализу амандмана који су поднети у току скупштинске расправе; (3) припрема

11 Чл. 92е Закона о буџетском систему, *Сл. гласник РС*, 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13и 63/13

и подноси Народној скупштини анализу предлога закона о завршном рачуну буџета Србије и консолидованог биланса општег нивоа државе; (4) припрема и доставља Народној скупштини процене о фискалним утицајима предлога других закона, као и амандмана који су поднети у току скупштинске расправе.

Фискални савет може у било ком тренутку, на своју иницијативу или на захтев, дати савет Влади о питањима која се односе на фискалну политику и управљање јавним финансијама. Све анализе, извештаји, препоруке и савети које припреми Фискални савет биће јавно доступни у року од пет радних дана од њиховог достаљања министру, Влади или Народној скупштини. Ови документи су доступни и јавности путем интернет странице Фискалног савета а по потреби се могу објављивати у „Сл. гласнику РС“. Фискални савет има овлашћења да захтева од надлежних субјеката да му се доставе подаци и информације потребни за његов рад. Током свог кратког периода постојања Фискални савет је упозоравао и саветовао Владу како би се могли превазићи проблеми у финансијском систему које извршна власт углавном није благовремено уважавала.¹² Претпостављамо да ће у будућности Фискални савет имати већу улогу будући да се законом¹³ предвиђа да ће од 2015. године ова институција одређивати нумеричку вредност коефицијената а и б као и потенцијалну стопу раста БДП и она ће важити у периоду који не може бити краћи од три године.

8. Проблеми испољени у раду фискалних савета

У току примене фискалних савета испољиле су се одређене тешкоће односно, изазови (Korits, 2011:5). Прво, у почетном периоду ове институције се суочавају са доказивањем непристрасности и техничке компетентности (оспособљености). Друго, влада може реаговати на критичке процене смањењем или претњом да ће смањити опредељена средства фискалном савету. Треће, влада може бити много мање спремна да учини доступним податке овој институцији.

12 Влада јесте прихватила предлог Фискалног савета да се 2014. године уведе привремено тзв. „солидарни порез“ у циљу смањења фискалног дефицита што *de facto* умањује нето зараде запосленим лицима у јавном сектору, чиме се изнова врши пореско дискриминисање у нашем друштву.

13 Вид. чл. 27е Закона о буџетском систему. Коефицијенти а (показује брзину прилагођавања дефицита циљном нивоу) и б (коефицијент прилагођавања дефицита стању у привреди) се користе у формули за одређивање фискалног дефицита.

Оно што је заједничко за деловање фискалних савета у процесима фискалне консолидације јесте да аргументовано указују на то да ли је фискална политика таква да стварно обезбеђује одрживост жељеног нивоа јавног дуга и висине фискалног дефицита. Сукоби између власти и фискалних савета могу да се јаве по три основа што је познато из праксе већине држава, а већ су се испољили и у краткој историји српског фискалног савета (Глигоров, 2013:46). Прво се може рећи да је савет нестручан јер или погрешно тумачи фискалне прописе и политику или греша у анализи текућих кретања у буџетским приходима или расходима. Друга уобичајена примедба је да фискални савет предлаже штедњу како се не би прекршила правила или како раст јавног дуга не би тежио да постане неодржив. То се дешава у ситуацијама када је знатно премашен планирани ниво ових фискалних индикатора и када фискални савет нема другог савета осим да је потребно смањити потрошњу како би се задуживање државе барем успорило. О рецесионим последицама такве политике мораће да брине актуелна или нека друга влада. Фискалном савету се може приговорити да је политизован због предлагања оштријих мера штедње као последица уобичајеног политичког циклуса. Тешкоће могу настати када се фискална политика и политичка стратегија и начини комуникације следеће владе разликују од оне која је креирала фискални савет. Карактеристичан је случај Мађарске у којој је после политичких промена 2010. године влада променила закон и практично обесмислила постојање фискалног савета а његов први председник (Џорџ Копич) је дао оставку. Канадско и мађарско искуство показује да фискални савет, формално одговоран парламенту, није нужно заштићен од политичког притиска (Chote, 2013:10).

9. Закључак

Фискални савети, као буџетска иновација, могу да имају значајну улогу у решавању проблема савремених јавних финансија. Од њиховог увођења и функционисања очекује се да допринесу вођењу одговорне фискалне политике и побољшању финансијске дисциплине а све са циљем консолидације стања у домену јавне потрошње. Примена фискалних правила у знатном броју држава праћена је креирањем фискалних савета тако да се њима обавезују фискалне власти на придржавање прихваћених „самоограничења“ у вођењу фискалне (буџетске) политике. Савремена економска криза утицала је на брже спровођење институционалних промена у буџетској сфери са циљем рационализације јавног сектора и редефинисања односа у јавној потрошњи. Смањење нагомиланог буџетског дефицита и акумулираног јавног дуга, не само европских него и других држава, пре и током актуелне кризе, налази се у фокусу

разматрања и оправдања увођења посебних институција како би помогле ефикаснијем решавању ових проблема. Неки теоретичари посебно наглашавају потребу стварања независних фискалних институција, по узору на независне централне банке, које би биле задужене за самостално вођење одговорне фискалне политике. Такви предлози нису наишли на одзив ни у једној држави. У буџетској пракси јављају се посебне институције у оквиру законодавне или извршне власти најчешће под називом „фискални савети“ или „парламентарни буџетски одбори“. Њихова овлашћења углавном су саветодавне природе, наиме, указивање на пожељан правац вођења оптималне фискалне политике како би се осујетило остваривање краткорочних интереса политичара. Њихов рад је више окренут информисању јавности о проблемима (не)одрживости макроекономског (фискалног) стања у држави. С тим у вези, битно је садејство са прихваћеним фискалним правилима чије поштовање треба да омогући краткорочну флексибилност фискалне политике што, дугорочно посматрано, не би угрозило фискалну способност државе.

Литература

- Anderson, B. (2009). *The Changing Role of Parliament in the Budget Process. OECD Journal of Budgeting*. 1. 2-10
- Calmfors, L. (2011). *The Role of Independent Fiscal Policy Institutions*. CESifo Working paper. No. 3367. 4-31
- Chote, R. (2013). *Britain's fiscal watchdog: a view from the kennel*. Institute and Faculty of Actuaries Spring lecture. London. 9 May. 2-23
- Cottarelli, C. (2009). *Fiscal Rules-Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*. IMF. December 16 www.imf.org/external/np/pp/eng/121609.pdf
- Council Regulation (EU) No 473/2013 of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the member states in the euro area, OJ L 140/11, 27 May 2013
- Debrun, X. (2011). *Democratic Accountability, Deficit Bias and Independent Fiscal Agencies*. IMF Working Paper. 11/173
- Debrun, X., Takahashi, K. (2011). *Independent Fiscal Council in Continental Europe: Old Wine in New Bottles?* CESifo DICE report. 3/2011. 44-49
- Dolls, M., Peichl, A., Zimmermann, K. (2011). *A Challenge for the G20: Globally Stipulated Debt Brakes and Transnational Independent Fiscal Supervisory Councils*. IZA DD No. 6160. November. 1-12

Eichengreen, B., Feldman, R., Liebman, J., Hagen, J., Wyplosz, C. (2011). *The Political Economy of Fiscal Consolidation*. Public Debt: Nuts, Bolts and Worries. ICBM. September. 15-31

The Functions and Impact of Fiscal Councils. (2013). IMF. July 16

Fasone, C., Griglio, E. (2013). *Can fiscal councils enhance the role of national parliaments in the european union? A comparative analysis*. The Euro Crisis and the State of European Democracy. European University Institute. Rober Schuman Centre for Advanced Studies. 264-306

Глигоров, В. (2013). Фискални сиренски зов. Политичке перспективе. 2(13). 43-48

Griglio, E., Lupa, N. (2012). Parliamentary Democracy and Eurozone Crisis. *Law and Economics Yearly Review*. 1 (2). 314-375

Hagen, J. (2010). *The Sustainability of Public Finances and Fiscal Policy Coordination in the EMU*. CASE Network Studies & Analysis. 412. 1-52

Hagemann, R. (2010). *Improving Fiscal Performance Through Fiscal Councils*. OECD Economic Department Working papers. No. 829. OECD Publishing. doi.10.1787/5km33sqsqq9v-en. 1-25

The importance and effectiveness of national fiscal frameworks in the EU. (2013). ECB Monthly Bulletin. February

Kamalodin, S. (2011). *Do we need a new sheriff in town? A case for technocrat taking over fiscal policy*. Rabobank. Economic Research Department. November. 3-20

Kopits, G. (2011). Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practices. *OECD Journal of Budgeting*. 11 (3). 33-52

Lampreave, P. (2013). The New Regulatory Framework in the European Union and the Role of the Independent Fiscal Authority. *Bulletin for International Taxation*. November. 592-599

Magarò, P. (2013). Independent Fiscal Institutions: A Comparative Analysis. *Transylvanian Review of Administrative Sciences*. 39E. 66-90

OECD Principles for Independent Fiscal Institutions (2013). February. OECD Network of Parliamentary Budget Officials and Independent Fiscal Institutions. Retrieved 15. 1.2014. from www.oecd.org/budgett/pbo

Posner, P. Blöndal, J. (2012). Democracies and Deficits: Prospects for Fiscal Responsibility in Democratic Nations Governance. *An International Journal of Policy, Administration and Institutions*. 25 (1). January. 11-34

Price, R. (2010). *The Political Economy of Fiscal Consolidation*. OECD Economic Department Working Papers. No. 776. OECD Publishing. doi:10.1787/5kmddq798IIIs-en

Santiso, C., Varea, M. (2013). *Strengthening the Capacities of Parliaments in the Budget Process*. IDB Policy Brief.194. 1-16

Sutherland, D., Hoeller, P., Merolo, R. (2012). Fiscal Consolidation: How much, how fast and by what means? *OECD Economic Policy Papers*. 01. 5-30

Врањеш, М. (2011). Финансијско право: фискални систем у Србији. Београд: Завод за уџбенике

Закон о буџетском систему. Службени гласник РС. Бр. 54 (2009)... 63 (2013)

Wyplosz, C. (2008). Fiscal policy councils: unlovable or just unloved? *Swedish Economic Policy Review*. 15. 173-192

Wyplosz, C. (2005). Fiscal policy: institutions versus rules. *National Institute Economic Review*. 191. January. 70-83

Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Fiscal Councils as a Mechanism for Establishing Fiscal Discipline

Summary

Under the impact of the global economic crisis, the contemporary budget systems have been subject to extensive reforms. There is a growing number of scholars advocating the establishment of fully independent fiscal institutions which would be in charge of administering a sustainable fiscal policy. The bodies available in hitherto practice are fiscal councils, parliament committees on budgetary control or fiscal "watchdogs". The institutionalization of fiscal councils should provide for improving the quality of the public debate on fiscal policy and make the governments more fiscally accountable. The existing fiscal councils generally have an advisory role and they are expected to contribute to strengthening the role of national parliaments in scrutinizing the national budget. In fact, the establishment of fiscal councils ensues only after introducing the fiscal rules which serve as statutory limitations on the activities of the executive branch in the budget-related matters.

The current economic crisis has substantially hindered the efficient application of these fiscal restrictions. Some states see the solution in establishing independent fiscal institutions which would control the compliance with these rules. As one of the participants in the budgetary process, fiscal councils are in a position to provide better information to the voters on the current state of affairs in public finances and (thus) increase the political costs of the government's fiscal unaccountability. In practice, there are several models for the organization of fiscal councils which primarily focus on *ex ante* or *ex post* review and assessment concerning whether the relevant institutions have observed the fiscal rules and accomplished the fiscal goals. Considering that their role is to eliminate the asymmetry of information in relations between the legislative and executive branch of government, fiscal councils should contribute to reinforcing the legitimacy of the budgetary process and strengthening the fiscal discipline. In the new European fiscal governance framework, these institutions become particularly important in the context of mending the consequences of the current economic crisis. In their hitherto activities, fiscal councils have encountered some difficulties: their competences have been challenged, their assessment and recommendations have been disregarded, and their financial resources (aimed at promoting their activities) have been significantly restricted. Relying on this analysis, we may conclude that the independence and responsibility of fiscal councils largely depends on the government's resolve to be fully accountable in administering a sustainable fiscal policy.

Keywords: fiscal councils, fiscal rules, consolidation of public finances

Dr Srdjan Golubović,*
Full professor, Faculty of Law,
University of Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.221(4-672EU)

UDK: 339.924:061.1EU

Рад примљен: 14.03.2014.

Рад прихваћен: 08.04.2014.

FISCAL ASPECTS OF THE EUROPEAN MONETARY INTEGRATION**

Abstract: Along with the introduction of the euro as a single currency, importance of respecting the fiscal aspects which determine longevity of the monetary arrangement is recognized. For this reason, although underdeveloped, the EU fiscal system provides mechanisms to ensure fiscal discipline among member states. In addition to the fulfillment of the convergence criteria which is a precondition for joining the monetary union, they include no bailout clause and monetary financing prohibition. Sovereign debt that escalated in 2010 showed all the imperfections of these arrangements and pointed to the need for introduction of new and more effective fiscal rules. With fiscal system of the European Union as a starting point, the paper analyzes instruments defined by the fiscal system of the Union, which purpose is to ensure fiscal discipline of the European Monetary Union member states. Last part of the paper analyze new fiscal rules introduced as a response to the debt crisis in the eurozone.

Keywords: European Monetary Union, fiscal system, Stability and Growth Pact, Fiscal compact.

1. Introduction

Creation of the European Monetary Union and the introduction of euro in 1999 as a single currency are certainly the greatest achievement of the European integration. Monetary sovereignty was transferred to the supranational level, meaning that the responsibility for conducting monetary policy of the European Union was transferred to the Eurosystem, which consists of the European Central

* golub@prafak.ni.ac.rs

** This paper is the result of the research project "Balancing the law in Serbia with the law in European Union", funded by the Faculty of Law, University of Nis, for the period 2013 – 2018.

Bank (ECB) and the national central banks of member countries of the monetary union. Creation of the monetary union, however, has not been accompanied by the fiscal unification. The global financial and economic crisis has fully exposed all the flaws of existing institutional solutions. Contrary to expectations, member states have failed to maintain fiscal discipline and EU institutions failed to ensure compliance with established rules.

This paper discusses the fiscal aspects of creating monetary union of the EU member states. In this regard, we first analyze elements of the EU fiscal system and then point to the key instruments and mechanisms which should ensure fiscal discipline among member states. Finally, in the last part of the paper we consider rules of the new fiscal agreement, which was accepted by the member states in response to the debt crisis that has engulfed the European Monetary Union.

2. Fiscal system of the European Union

Creation of the European Economic and Monetary Union has not been accompanied by fiscal unification. This approach has been conditioned by the principles of subsidiarity, which according to Art. 5 (3) The Treaty on European Union (TEU) implies that "in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action can not be sufficiently achieved by the member states, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level."¹ Applicability of the principle of subsidiarity when it comes to conducting economic, and hence fiscal policy, was the subject of wider debate in economic theory (Inman, Rubinfeld, 1994: 159). Of all the offered answers the most acceptable seems to be one that links the application of this principle with the answer to question of whether decentralized economic policies generate significant spillover effects. If the answer is yes, than the next question relevant for the question of whether priority should be given to national or supranational approach refers to whether the market mechanism i.e. coordination mechanism is suitable to overcome these effects. Only if the answer is negative, it makes sense to continue consideration of a centralized approach to this segment of economic policy. Finally, the third question, before accepting a centralized approach, concerns the way decisions are made and the effectiveness of centralized decisions. Supranational approach is acceptable only if it results in more effective economic policy. From an economic point of view, application of the principle of subsidiarity is conditioned by the answers to these three key questions. Extensive approach, i.e. that primary

1 Treaty on European Union, Official Journal of the European Union, (O.J.), C 326/1, 2012.

responsibility for the conduct of economic policy still belongs to the member states, came to the fore in the legislation of the European Union (EU), which tells us that when designing the institutional framework of monetary union prevailed principle that the management structure should be set up so that it is able to internalize all external effects at the level of member states.

The formation of a monetary union without centralized economic management (i.e. fiscal union) inevitably means higher direct and indirect spillover effects of economic policies of the member states, which put the need for their harmonization to the fore, particularly in the fiscal area. According to numerous studies, spillovers effects are largest especially in the case of fiscal policy (Eijffinger, Haan, 1999: 81-82). This means that fiscal difficulties of a member states of the European Monetary Union (EMU), in the conditions of integration of financial markets can easily spill over to the financial sector of all other member states, which could easily destabilize the whole euro area.

The risk of spillover of economic disorder to other member states that have sound public finances is all the greater because the European Monetary Union includes countries that do not meet the conditions of an optimal currency area.² Beginning of the EMU was marked by the optimism that after nominal adjustment the process of real adjustment will follow among the member states. With the unification of the legal systems of the EU countries (particularly legislation regulating financial sector), differences that represents potential source of asymmetric disturbances would diminish. This is supported by the standpoint of representatives of optimal currency area theory that monetary union is a much more efficient way to organize a system of insurance against asymmetric shocks in relation to the uncertainty that brings the system of national currencies (Grauwe, 2004:105). This under the condition that institutional framework of monetary union secure full mobility of labor and freedom of movement of capital, and thereby mitigate the effects in a country hit by asymmetric disturbance.

The conduct of the single monetary policy and its effectiveness primarily depends on the support of fiscal policy. Establishment and maintenance of price stability is directly conditioned by the state of public finances. The ideal solution for the monetary union is to transfer responsibility for the conduct of monetary and fiscal policy to a supranational body. Due to political and constitutional limitations EU has adopted a specific form of fiscal federalism. These specificities are related to: 1) the allocation of fiscal jurisdiction between member states and the EU as a supranational community, 2) the EU budget, 3) public expenditure

² In order to form optimal currency area, for the states involved in the monetary union it is necessary to fulfill criteria in terms of the mobility of labor and other factors of production, price and wage flexibility, liberalization, equalization of the rate of inflation and fiscal integration.

and public revenue policy and, consequently, 4) uniqueness of fiscal policies in achieving allocation, redistributive and stabilization targets (Šimović, 2005:150).

Taking these limitations into account, it is understandable why the EU fiscal system is characterized by underdeveloped structure. The structure of the fiscal system of the EU consists of three segments, with the EU budget as the only instrument for the implementation of fiscal policy at the supranational level. Other segments of the EU fiscal system include a set of rules and arrangements through which member states harmonize and coordinate fiscal policy (Grgić, Bilas, Šimović, 2006:13). The second segment of the EU fiscal system refers to the harmonization of tax systems (Dimitrijevic, 2009:286). Although competence of the regulation of tax system belongs to member states, their sovereignty in this area is limited since EU with its legislation can affect the solutions contained in the fiscal system. Finally, the third segment is the introduction of supranational rules to ensure fiscal discipline among member states. Until the outbreak of the crisis in the eurozone, the main instrument with the purpose to prevent the occurrence of excessive deficit was the Stability and Growth Pact (SGP)³. This document specifies the excessive deficit procedure (Article 126. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)).⁴

As it was conceived, the fiscal system of the EU does not provide space for EU institutions to respond with fiscal transfers in the case of asymmetric disturbances and thus make the necessary adjustments in conditions where mobility of production factors and flexibility of wages are absent. It is entirely left to the member states which, if they are affected by the recession, can only rely on national fiscal policy. Elements of the EU fiscal system, fiscal rules and the rule prohibiting the takeover of debts, primarily have in focus the fiscal discipline of the member states, which is treated as an instrument for achieving the main objective of monetary union - price stability.

3. Fiscal discipline in the EU

Weaknesses arising from the fact that EMU does not meet the criteria of an optimal currency area, EU legislation has sought to overcome by setting clear criteria of convergence, each EU member state must fulfill if it wants to join the

3 Pact entered into force in 1999. Stability and Growth Pact consist of: Resolution of the European Council on the SGP; Council Regulation on the strengthening of the surveillance and coordination of economic policies, however. 1466/97, Council Regulation on speeding up and clarifying the implementation of excessive deficit procedure, No. 1467/97, Official Journal L 209, 02/08/1997.

4 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) „Official Journal of the European Union, (O.J.), C 326/1, 2012.

monetary union. Nominal convergence criteria includes five quantitative indicators related to: convergence of price or the rate of inflation, fiscal convergence, fulfillment of requirements in terms of the amount of budget deficit and public debt, convergence of the exchange rate and interest rates.⁵ By defining the convergence criteria and introducing fiscal constraints over-expansionary fiscal policies of member states is prevented and negative spillover effects restrained, which could easily jeopardize the establishment of price stability as the primary objective of EMU member states economic policies.

Until the outbreak of the crisis in the eurozone, EU legislation anticipated two key elements that should stimulate member states to respect fiscal discipline: 1) *no bailout clause* and 2) monetary financing prohibition, that is, prohibition on the purchase of debt instruments of the member states, i.e. EU institutions.

A key anchorage of fiscal discipline in EMU are provisions of the TFEU, which were otherwise included in the *Maastricht Treaty*, containing a clause that prohibits the takeover of debts of member states by the Union. According to Article 125. of TFEU "The Union shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of any member state, without prejudice to mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project. A member state shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of another member state, without prejudice to mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project.

Prohibition on takeover of debts is directly related to the prohibition of monetary financing (financing deficit with the loans of central bank), contained in the last two Articles of the TFEU, which are also applied directly. First, there are provisions of Art. 123 which provides for the prohibition of lending by the ECB and the national central banks to member states and EU institutions. Mentioned article prohibits takeover of debt instruments by the monetary authorities of the EU institutions and member states. Secondly, Article 124. of the TFEU introduces another ban that strengthens fiscal discipline, related to the prohibition of privileged access to financial institutions, regardless of whether they are bodies of the Union or member states. Above provisions are oriented towards

5 Out of the eleven countries for which the Commission expected to join the EMU (Germany, France, Spain, Netherlands, Belgium, Luxembourg, Portugal, Finland, Austria and Ireland, during 1997 only Finland fulfilled all conditions, France and Luksemburg, joined by Ireland and Portugal in 1998. Other countries did not meet at least one criterion in 1997 and 1998. Convergence criteria were also relevant for the states that have later become members of EMU (in 2001 Greece, 2007 Slovenia, 2008 Cyprus and Malta, 2009 Slovakia, 2011 Estonia and in 2014 Latvia).

stimulating budgetary discipline predicted in Article 126 (1), i.e. avoidance of excessive government deficit.

Above provisions are a key part of the Budget Code of European Union, which states that each member state is responsible for its public finances (Louis, 2010: 978). Neither the Union nor the member states can not be responsible for the liabilities of others member states. Assuming that only mature economies can become members of the monetary union and that the necessary adjustment efforts should be undertaken by each of the countries, TFEU preclude granting direct financial support to individual states should they suffer stress owing to membership in the monetary union (Stark, 2013:544). Thus, with the introduction of this clause in the primary law of the Union, financial markets are warned that each member state is left on its own when it comes to its public finances and that there are no implicit guarantees on the part of the Community or the member states (Smits, 1997:77-78). Therefore, the state can finance deficit by issuing bonds in the financial market, but under the conditions that correspond to its creditworthiness. If state with low creditworthiness, that is state which is behaving financially irresponsible, appear on the financial market it will result in a higher risk premium. The purpose of these provisions is that market assesses financial health of the state.

Introduction of the clause that prohibits the takeover of debts and deficit monetization prohibition mean that EU law has recognized the importance of fiscal discipline. However, this does not exclude the possibility to avoid these limitations. This primarily relates to the principle of solidarity provided for in Article 122. of TFEU, which provides the possibility of financial assistance from the Union if a member state run into difficulties caused by events that are beyond its control.⁶ There is also the possibility of indirect financial assistance. Rescue action (bail out) may occur in the secondary market, that is *ex post*, when central bank buys government bonds or *ex ante*, when central bank keeps interest rates low, trying to reduce the cost of interest payments. However, the crucial question is whether commitment to the preservation of price stability will be strong enough to withstand political pressure to support countries that confront the excessive burden of debt. In the past period it has been shown that some states are ready

⁶ Article 122 states: Without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy. Where a Member State is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control, the Council, on a proposal from the Commission, may grant, under certain conditions, Union financial assistance to the Member State concerned. The President of the Council shall inform the European Parliament of the decision taken.

to enjoy all the benefits of monetary integration, but not ready to take responsibilities that are essential for the functioning of the monetary union (Feldstein, 2013:106). In particular, it means that many eurozone member countries, even in the period of prosperity, did not manage to maintain a sound fiscal position in accordance with the rules of the EU fiscal framework. The result of this behavior is rapidly increasing levels of indebtedness in states with excessive consumption, especially in Greece, Ireland, Italy and Spain. Regardless of the increased risk for creditors, global financial markets did not react by increasing interest rates for the countries with growing indebtedness. Buyers of bonds issued by these states, ignoring the prohibition on the takeover of debts, started from the assumption that bonds issued by individual member states of the eurozone are equally secure as bonds of any other member state with significantly lower level of debt. Due to this perception of the financial market participants, interest rates on Greek and Italian bonds were slightly higher than the interest rate paid on the safest, German bonds. Before monetary unification, high budget deficits would lead to a higher interest rate or exchange rate depreciation. These changes in the market represented an alarm for the states to reduce their debts. With the creation of a monetary union such signals in the market were eliminated with the consequent trend of growth of public and private debts. Collapse of the U.S. financial markets in 2008 caused a serious global recession, which spilled over to other European countries, exacerbating their fiscal position. When markets finally recognized the risks associated with states with high indebtedness at the beginning of 2010, the interest rate on the bonds of these states began to grow vertiginously. Given the fact that most of the invested funds came from European banks, decline in the value of bonds affected the deterioration of their position. Confronted with the crisis, which also calls into question the survival of the eurozone, institutions of the Union have defined program whose basis represents the reversal of negative trends in the financial market, primarily with the intervention of the European Central Bank, debt restructuring and support for heavily indebted countries and amending the legal framework in a way that will ensure fiscal discipline of the member states.

From the very beginning of the crisis, European Central Bank has reacted decisively and quickly using standard and non-standard monetary policy measures. The first response to disturbances in the market was based on the assessment of medium-term risk compromising price stability in the euro area.⁷ At the same time, ECB opted for the non-standard monetary policy measures, in an effort to

⁷ The interest rate was reduced by 325 basis points between October 2008 and May 2009 and was not changed until the April 2011. In the same period, the main refinancing rate was 1%, while the *Euro overnight index average (EONIA* - overnight index average is calculated as a weighted average of all overnight lending transactions in the interbank market) declined sharply, reaching a level of 0.3%.

encourage the inflow of capital into the banks, and to ensure the transmission of lower interest rates for households and businesses. The main non-standard measures in this context is to ensure bank liquidity at a fixed, low interest rate with the use of appropriate collateral. Also, ECB is engaged in the purchase of government bonds in an effort to curb the growth of interest rates on government bonds of some countries. The use of standard and non-standard measures by ECB brought expected results and relieve instability in the financial market.

4. Fiscal rules in the European Union

Key institutional deficiency, reflected in the lack of conditions for conducting a supranational fiscal policy, fully exposed by the global economic and financial crisis, EMU creators strive to overcome by improving existing and introducing new fiscal rules. Fiscal framework defined by TFEU and the Stability and Growth Pact (restrictions on the budget deficit and the public debt) is changed and amended to the new rules (Andjelkovic, 2013:187). Strengthening the existing fiscal framework of the European Monetary Union was achieved with the entry into force of a package of legislative measures (legislative changes) on December 2011. These new measures, known as the six-pack, include five new Regulations and one Directive. The most significant changes introduced by this package include:

a) Strengthening of the preventive measures. Amendments to SGP reinforce the obligation of member states to avoid excessive budget deficit (threshold is 3% of GDP) and public debt growth above the threshold of 60% of GDP. Strengthening of the preventive measures involves effective budget control and better coordination of economic policies of the member states, in accordance with the Art. 121 of Treaty, with a aim to recognize the problem of excessive budget deficit in the early stage. Key changes in preventive measures of Stability and Growth Pact are related to greater transparency, obligation to set up medium-term budgetary objective (MBO), which must be evaluated on the basis of an overall assessment with the structural balance as a reference, including the analysis of expenditure net of discretionary revenue measures.⁸ Certainly the most significant changes in the area of preventive measures are related to increase of the effectiveness of preventive measures. Failure to comply with the agreed principles by the specific member state leads to the recommendation of the EU Council on the necessity to implement appropriate corrective actions. Failure to comply with the recommendations entails appropriate consequences. If the state is a member of EMU, failure to take action leads, according to Art. 4 Regulations

⁸ Deviation from the medium-term budgetary objective or adjustment path towards it is possible only in exceptional circumstances and only under the condition that it does not jeopardize medium-term fiscal balance.

no. 1173/2011, to Council decision which asserts that such action is lacking.⁹ Within 20 days from the adoption of such decision Commission suggests Council to bring a decision to introduce financial sanctions against a particular country. Financial sanction is reflected in interest-bearing deposit amounting to 0.2% of its GDP in the previous year.

b) Strengthening of the corrective arm. Corrective mechanism is automatically activated in the event of observed significant deviations from the MTO or the adjustment path towards it. In addition to the rule relating to budget deficit, Pact amendments introduce another criterion, which refers to the amount of public debt. The reduction of the public debt, according to the Council Regulation no. 1177/2011, shall be treated as one of the criteria for assessing the state of public finances.¹⁰ Member states of the euro area with the public debt that exceeds the reference value (60% of GDP) are required to reduce the amount by which their debt exceeds the referent value at least by 1/20 years in the next three years. If they do not, excessive deficit procedure would be applied against them. EU Council, acting in accordance with the Art.126. of the Treaty on the Functioning of the EU, decides on whether an excessive deficit exists in the state that has already been deposited interest bearing deposit or in the state where Council, on the basis of recommendation of the Commission, established a serious violation of the obligations in terms of the budget deficit, the Commission shall, within 20 days of the decision, recommend the adoption of the decision which demands from the member state to place interest-free deposits. If, nevertheless, action aimed at eliminating excessive deficit is absent, which is asserted by the Council decision, the Commission shall, within 20 days, recommend to convert the non-interest bearing deposit into a monetary penalty.

Amendments of the Stability and Growth Pact include also the introduction of the early warning system of macroeconomic imbalances, taking into account internal (indebtedness of public and private sector, developments in the financial markets, unemployment rates and the like) and external indicators (as the current account balance, net investment position of the country, real exchange rate, price movements, etc) follow the trends in modern theory of public finance (Andjelkovic, 2009: 115). If it is concluded that a country is facing serious imbalance, Commission will prepare a detailed report on macroeconomic developments. Such report is prepared also in the case when there is a risk of the occurrence of

9 Regulation (EU) No 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area, *Official Journal of the European Union*, L 306/1.

10 Council Regulation (EU) No 1177/2011 of 8 November 2011 amending Regulation (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure, *Official Journal of the European Union*, L 306/33

unexpected disturbances that require detailed analysis. On the basis of detailed analysis, if Commission considers that the member state is facing an imbalance, it notifies the European Parliament, the Council and the Eurogroup. The Council, on the base of a proposal of Commission, gives recommendations to member state on the main directions of economic policy. Finally, six-pack introduces periodic surveillance over the economic policies and the state of public finances.¹¹

In an effort to overcome the consequences of the current crisis of eurozone and create an institutional framework that will prevent their occurrence in the future, institutions of the EU accepted the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) in 2012. Its central part is the Fiscal Compact, which aims to foster fiscal discipline, notably in the euro area, building on and enhancing the reinforced SGP. Its key elements include: 1) balanced budget rule including an automatic correction mechanism and strengthening of the excessive deficit procedure, 2) The obligation of contracting parties to ensure obedience to fiscal rule at the national level, 3) Supra-national control of member states budget through strict application of the excessive deficit procedure, including the application of sanctions and control by the European Court of Justice.

1) The biggest novelty is the introduction of “golden rule” to ensure fiscal discipline among member states. Under this rule, budget of the member states should be balanced or in surplus. Unlike the revised SGP, which determined the obligation of member states to avoid excessive deficits, the new fiscal treaty set stricter rules since it requires a balanced budget or budget surplus. Exceptionally, adopted budget rule allows the possibility of a structural budget deficit that can not exceed 0.5% of GDP for the states where the proportion of debt to GDP exceeds 60%, or 1% for the countries with the share of debt below the reference value. The new fiscal treaty has largely taken solutions provided in the SGP. Golden budget rule is applied together with the remaining three fiscal rules, with the rules related to the amount of debt and the budget deficit already accepted by the Maastricht Treaty, and the rule of reducing public debt by 1/20 a year taken from the Regulation 1177/2011, that amended Stability and Growth Pact.

2) The application of fiscal rules at the national level. Contracting parties are obliged, at the latest one year after the entry into force of this Treaty, to incorporate balanced budget rule into the national legislation and strengthen its obedience through provisions of binding force and permanent character, preferably constitutional, or otherwise guaranteed to be fully respected and adhered to

11 Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, *Official Journal of the European Union*, L 306/12.

throughout the national budgetary processes. According to Article 3. of TSCG, contracting parties are obliged to take the necessary measures in order to ensure convergence to the appropriate medium-term objective. Proposition of the time frame to achieve convergence is determined by the Commission, assessing for each country the risk of sustainability. Of course, realization of these goals presuppose the existence of economic stability. To ensure adequate flexibility Fiscal Compact provides an output clause. Article 3. (3) provides a temporary exception from the rule of a balanced budget if unexpected circumstances occur, defined by the agreement as extrinsic event outside control of the signatory states.¹² In addition, each state is required to define the corrective mechanism that is automatically activated in the event of significant deviations from the implementation of the medium-term objective.¹³ If member states do not incorporate balanced budget rule and correction mechanism into their national law, Art. 8 of TSCM, fiscal agreement provides for the possibility that member states, on the basis of the report of Commission or on its own initiative, take action before the European Court of Justice, whose decision oblige affected country to take necessary measures to comply with judgment within a specified period.

3) Supranational control of the member states budget through the strict application of the excessive deficit procedure, including the application of sanctions and control by the European Court of Justice. The most significant changes when it comes to supranational control refers to the excessive deficit procedure. State subjected to an excessive deficit procedure shall put in place a budgetary and economic partnership program, including a detailed description of the structural reforms which must be put in place and implemented to ensure an effective and durable correction of its excessive deficit. The content and format of such programs shall be defined in European Union law (article 5 TSCG). The program shall be submitted to the Commission and the Council for approval and monitoring of its implementation within the framework of multilateral surveillance provided by the SGP.

Another important novelty concerns the introduction of a quasi-automatic sanctions for states that do not meet criteria in terms of the amount of deficit. Imposition of sanctions is facilitated by introducing categories of reverse majority voting. Treaty on the Functioning of the EU (Article 126. (13)) required a qualified majority for the adoption of sanctions against a particular state, while

12 By defining exceptional circumstances as events that are extrinsic and acting outside state control, the Agreement provided that they have a significant impact on the financial position, that is they can cause serious economic consequences.

13 Each Member State at national level defines corrective mechanism based on the principles laid down by the Commission, particularly in relation to the nature, scope and time frame of the implementation of corrective actions.

the fiscal agreement require qualified majority for the decisions to not apply sanctions. Certainly the biggest novelty is the judicial review of compliance with the provisions of a fiscal agreement. By adopting fiscal agreement, EU Court of Justice receives a significant role in monitoring the implementing the fiscal rules. According to Art. 8 of TSCG, signatory states shall, on the basis of the Commission report or independently of this report, present the case before the Court of Justice upon estimates that signatory state has failed to fulfill obligation to include rule on budgetary balance in national legislation in accordance with Art. 3 (2) TSCG.

The Court's decision is mandatory for the parties involved, which are obliged to take appropriate measures to enforce the decision of the Court at a certain time frame. If the signatory state, on the basis of self-assessment or the assessment of the Commission, considers that another member state has not taken necessary measures for the fulfillment of the Court decision, it may bring the case before the European Court of Justice and demand the introduction of financial sanctions on the basis of criteria established by the Commission, in accordance with the Article 260 of the Treaty.¹⁴ If the Court confirms that member state has not acted in accordance with its decision, it may be ordered to pay a lump sum or penalty in accordance with the circumstances, with the imposed sanction that can not exceed 0.1% of GDP. If sanction is imposed on the eurozone state, monetary amount has to be paid to the European Stability Mechanism; in other cases payments are made to the general budget of the European Union.

5. Conclusions

Debt crisis has exposed all the flaws of the European Union fiscal system. The fiscal system of the EU is not only underdeveloped but also mechanisms aimed at preserving the fiscal discipline of member states proved totally ineffective. Faced with the crisis, which calls into question the survival of the eurozone, EU institutions have defined a program whose basis is the reversal of the negative trends in the financial markets, primarily through the intervention of the European Central Bank, debt restructuring and support for heavily indebted countries and amending the legal framework in order to strengthen fiscal discipline of member states. Fiscal treaty not only introduces new fiscal rules in the EMU, but also imposes certain restrictions to national fiscal policies. Agreement brings following elements into the fiscal framework: budgetary „golden rule“, whose application is expected to establish fiscal discipline in the eurozone;

¹⁴ Article 260 (2) states: If the Court finds that there is an infringement it may impose a lump sum or penalty payment on the Member State concerned not exceeding the amount specified by the Commission. The payment obligation shall take effect on the date set by the Court in its judgment.

application of the “golden rule” on a national level through debt brakes and supranational control of member states budget through strict application of the excessive deficit procedure, including application of sanctions and control by the European Court of Justice.

In the following period, eurozone will face two serious challenges. The first, otherwise inherent to all debt-ridden countries, refers to the consolidation of public finances and restoring economic growth. Another challenge relates to the strengthening of the institutional basis of monetary union, which would create the conditions for avoiding problems in the functioning of the monetary union, which were evident during debt crisis. Former experience tells us that in a monetary union it is not possible to simultaneously achieve fiscal sovereignty of member states, *no bail clause* and independence of the monetary authorities. Persistence in application of former solution means that in the future monetary union would be forced to sacrifice *no bail clause*, or monetary policy independence.

Of course, the takeover of debts can not proceed indefinitely, nor is it possible that monetary policy which is subordinated to fiscal policy ensure price stability. Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union limited fiscal autonomy of the member states. Should new fiscal rules prove effective it would mean achievement of the objectives in terms of fiscal discipline in a monetary union. Of course, it should be noted that institutional arrangements EMU is based on are not definitive. Starting from the experience of monetary unions in the past, it seems that the survival of the eurozone in the future depends on the willingness of member states to take steps towards establishing a fiscal union and stronger political union.

References

Анђелковић, М. (2013). Улога и значај фискалних правила у стабилизацији јавних финансија. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 65 (LI). 181-199

Анђелковић, М. (2009). Усавршавање метода буџетирања – пут ка рационализацији јавне потрошње. *Зборник Праавног факултета у Нишу* 53. 103-123

Димитријевић, М. (2009). Хармонизација пореза у Европској унији – очекивања и резултати, *Право и привреда* 5-8 (XLVI). 284-295

Eijffinger C. W. S., Haan De J. (1999). *European Monetary and Fiscal Policy*. London: Oxford University Press

Feldstein, M. (2012). The Failure of the Euro: The Little Currency That Couldn't. *Foreign Affairs* Jan/Feb. 105-116

Grauwe de P. *Економија монетарне уније*, Сремски Карловци; Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића

Grgić, M., Bilas, V., Šimović, H. (2006). Financijska liberalizacija, monetarna i fiskalna politika Europske unije. *Ekonomski fakultet u Zagrebu: Serija članaka u nastajanju* 14. 1-22

Inman P. R., Rubinfeld, L.D. (1994). The EMU and Fiscal Policy in the New European Community: An Issue for Economic Federalism“, *International Review of Law and Economics*. 2 (14). 147-161

Louis, J. V. (2010). The No-bailout Clause and Rescue Packages. *Common Market Law Review* 4 (47). 971- 986

Smits, R.(1997). *The European Central Bank: Institutional aspects*, Hague: Kluwer Law International

Stark, J. (2013). Lessons from the European Crisis. *Cato Journal* 3 (33), 541-562

Šimović, H. (2005). Fiskalni federalizam u Europskoj uniji: odnosi fiskalne nadležnosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2 (55). 449-479

Др Срђан Голубовић, редовни професор
Правног факултета, Универзитет у Нишу

ФИСКАЛНИ АСПЕКТИ ЕВРОПСКЕ МОНЕТАРНЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ

Резиме

Повољна економска клима током прве деценије функционисања еврозоне прикрила је структурне слабости европске монетарне уније, али и несавршеност усвојених институционалних решења, пре свега оних који се односе на фискалну дисциплину. Оне постају видљиве са избијањем економске кризе и неспособношћу појединих земаља чланица монетарне уније да се изборе са нараслим државним дугом. Показало се да су државе са slabим макроекономским перформансама спремне да уживају све предности монетарне интеграције, али не и да преузму одговорност која је кључна за функционисање монетарне уније. Конкретно, то значи да поједине земље чланице еврозоне, чак и у периоду просперитета, нису биле у стању да очувају здраву фискалну позицију у складу са правилима европских фискалних оквира. У таквим условима, купци обвезница, које су емитовале ове државе, полазили су од претпоставке, игноришући забрану преузимања дуга, да су обвезнице емитоване од стране појединих држава чланица еврозоне подједнако сигурне као и обвезнице било које друге државе чланице, са много нижим нивоом задужености. Тиме су уједно поткопана и два кључна инструмена која треба да надоместе изостанак фискалног уједињења, а која се односе на забрану преузимања дугова (*no bailout clause*) и забрану финансирања дефицита држава чланица задуживањем код централне банке (*monetary financing prohibition*). Резултат фискалне недисциплине државе је примена тзв нестантандардних мера монетарне политике од стране Европске централне банке и увођење нових ограничења Споразумом о стабилности, координацији и управљању у Економској и монетарној унији. Посебан значај у оквиру овог Споразума даје се фискалним аспектима монетарне уније увођењем правила о уравнотеженом буџету и обавезивањем држава чланица да ова ограничења унесу у национално законодавство, уз могућност санкционисања држава која их нарушавају.

Кључне речи: Европска монетарна унија, фискални систем, Пакт о стабилности и расту и Фискални споразум.

Др Небојша Ранђеловић,*

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

Редовни професор Правног факултета,

UDK: 342.53:328.124

Универзитет у Нишу

Рад примљен: 12.03.2014.

Рад прихваћен: 22.04.2014.

Др Предраг Јеленковић,**

Руководилац пројекта Агенције за приватизацију

Републике Србије

ПРАВНА РЕГУЛАТИВА, ИСТОРИЈСКИ И ПОЛИТИЧКИ АСПЕКТИ ЛОБИРАЊА – СРБИЈА И ДРЖАВЕ У ОКРУЖЕЊУ***

Апстракт: Појам који етимолошки значи „предворје“, постао је основа за политички, правни, историјски, социолошки феномен који носи назив лобирање. Циљ рада је да кроз анализу појма и изазова, регулативе и искустава, и стања по овом питању у окружењу Србије и самој Србији да слику историјске основе, садашњег стања и перспективе лобирања. Као начин спречавања коруптивних процеса кроз законску регулативу коришћења спајања и размене утицаја, овај феномен има дугу традицију у западним земљама, са свим изазовима манипулације законским могућностима. У раду се указује и на лице и на наличја законске регулативе лобирања. На крају, даје се слика стања у земљама на простору бивше Југославије, као и на процес и напоре за законско регулисање ове материје у Србији.

Кључне речи: лобирање, лобисти, законодавство, Србија.

1 necer@prafak.ni.ac.rs

2 jelenko224@yahoo.com

3 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).

1. Појам и изазови

У ери информатике, неслућених могућности комуникације, унутар нечега што носи назив *информатичко друштво* и чије токове треба да каналише савремена држава, међу економским токовима које условљавају глобалне тенденције, појам *лобирање* је толико одомаћен и користи се у свакодневном говору. Лобирање се често користи као синоним за појмове и синтагме који понекад имају супротна значења, али сједињени и циљно тумачени, чине логичку целину. Када се овај појам стави у правне и политичке оквире, онда лобирање постаје синоним за читав низ поступака и метода којима се у савременом друштву дефинишу, усаглашавају и остварују интереси у широком спектру политичких, државних и економских односа. Лобирање постаје генерички појам и за истиомену професију, али и за нову научну дисциплину, која постаје неизбежни сегмент лепезе савремених друштвених наука.

Шта је, у ствари, лобирање? Етимолошки, овај појам води порекло од енглеске речи *lobby*, што значи предворје, хол. Историјски, рађање овог појма може се ставити у време америчког председника Гранта, када је предворје Конгреса постало место размене мишљења представника разних интересних група са члановима Конгреса у циљу усаглашавања интереса, пре одлучивања у самом Конгресу и њиховог остваривања у току самог одлучивања (Вилкокс, Камерон, Олт, Ејџи, 2006: 362). Лобирање је, дакле, остваривање утицаја у фази доношења одлука и тиче се односа према законодавним и извршним органима (Кашћелан, Крсмановић, 2012: 12). Лобирање подразумева широк спектар свих активности које имају за циљ да се врши утицај на јавне органе у процесима политичког одлучивања (Кашћелан, 2006: 105). То је метод утицаја на законодавну и извршну власт; специфичан вид симетричне комуникације који се остварује између лобиста и доносиоца одлука (Кашћелан, 2006: 105). Или, ако се све наведене дефиниције узму у обзир, лобирањем се сматра организовано деловање појединаца и интересних група којим се утичена одлуке представника законодавне и извршне власти, чији је циљ да се промовишу и заштите одређени легитимни интереси (општи или посебни) које ти појединци и групе заступају или представљају (Голубовић, 2009: 113).

Лобирање је у савременом друштву неизбежан део функционисања политичких и економских система. Начин његовог постојања, дејства и правнорегулисања, по многим ауторима, означава и ниво демократичности неког друштва. Степен демократичности неког политичког система може се директно мерити отвореношћу политичких институција и процеса политичког одлучивања према различитим интересима и њиховој могућности да под што равноправнијим условима уђу у политичку игру

(Павловић, 1993: 430). То наводи и на корак даље, на закључак да лобирање може бити и граничник измеђудемократских и тоталитарних режима.

Широким аналитичким приступом може се полемисати и о наличјима лобирања. Ако се таква полемика стави у контекст филозофије Никола Макиавелија, наличја лобирања могу се изродити у антипод користи које оно доноси савременом друштву. У саветима Владаоцу, Макијавели ставља начело права у однос потчињености према интересима (Макијавели, 2002: 24). По многима, ни савремена држава није далеко одмакла од овог правила. Полазећи од оваквих гледишта, отварају се питања која искачу из устаљених етичких оквира. Може се поставити питање где је граница између лобирања и корупције. Где је граница између лобирања и неетичких притисака? До којих граница се може ићи у усклађивању и остваривању интереса? Какве су могућности злоупотребе законских оквира унутар граница држава и општеприхваћених правила на међународном нивоу? На ова питања могу се давати филозофски, социолошки, логички и други одговори. Могу се посматрати и кроз призму политичких, али и макро и микроекономских интереса, уз присуство или одсуство прагматизма, који често помера границу између допуштеног и недопуштеног.

Чини се да је добра законска регулатива и њено стриктно поштовање једини начин да се, колико је то могуће, дилеме и опасности које намећу постављена питања, избегну.

2. Регулатива и искуства

Као полазна тачка за правно регулисање углавном се има у виду постојање неформалног (посредног) и формалног (непосредног) лобирања. Под неформалним лобирањем подразумевају се тзв. грађанске иницијативе и различити облици учешћа појединаца и интересних група (Јеленковић, Јеленковић, 2012: 274) у јавном животу са циљем да се формирањем мишљења јавности утиче на одлуке представника власти (Голубовић, 2009: 13). Неформално лобирање¹ није предмет посебне регулативе, већ је инкорпорирано у скуп основних људских права (слобода говора, право на удруживање, јавно окупљање, право на петицију властима итд).² Формално лобирање подразумева ангажовање професионалних лобиста и лобистичких организација и оно подлеже законском регулисању. Развијена

1 За неформално лобирање користи се још и назив јавно заговарање (public advocacy).

2 По одлуци Врховног суда САД као неуставна је проглашена иницијатива Конгреса да се правно уреди и ограничи неформално лобирање са образложењем да је та иницијатива у супротности са Првим амандманом којим се гарантују слобода говора и јавног окупљања и право на петицију органима власти. *United States v. Rumely* 345 U.S. 41 (1953).

друштва и државе као њихови репрезенти имају велики интерес да у овој области правна регулатива буде детаљна и ефикасна, због свих антипода реалности лобирања као процеса и као факта. При томе се узимају у обзир сви аспекти постојања и начина организовања интересних група, као и путева за њихово реализовање кроз процес лобирања.³

По неким класификацијама, у правном регулисању лобирања препознатљиви су регулативни и дерегулативни приступ (Кашћелан et al., 2012: 18). Земље препознатљиве по првом приступу су Сједињене америчке државе и Канада. У САД, земљи са најдужом лобистичком традицијом, први покушај доброг уређивања области лобирања направљен је Законом о лобирању из 1928. године. Закони који су затим доношени у САД, углавном су садржали одредбе о дефинисању лобирања, утврђивању субјеката лобирања, начину регистрације лобистичких канцеларија, извештајима о лобистичким активностима, економским аспекта функционисања лобистичких канцеларија, начину прекида рада лобиста, односу са осталим законским прописима, одговорности лобиста и казним одредбама. Послењи закон САД из ове области, Закон о поштенем вођству и отвореној влади из 2007. године, сходно наведеним принципима, садржи одредбе о могућности запослења бивших званичника администрације, о подношењу извештаја, о сукобу интереса, о злоупотреби јавног поверења, о јавности законодавног процеса и одговорности чланова Сената, о ограничењу коришћења средстава у кампањама и о појашњењу одредби и намерном фалсификовању или неподношењу извештаја регистрованих лобиста.⁴

Сличан приступ имала је и Канада у којој је на снази Закон о регистрацији лобиста из 1989. године, са изменама и допунама, од којих су последње донете 2008. године.⁵ Допуне овог закона биле су претежно усмерене према спречавању злоупотреба, контроли и јавности лобирања.

Дерегулативни приступ својствен је земљама Европске уније, с тим што се само регулисање лобирања може посматрати на нивоу појединих држава чланица и на нивоу саме Уније. Разлози за то су: степен делегирања надлежности држава на Унију и специфичан начин одлучивања на различитим нивоима. Неке земље су лобистичке активности регулисале владиним уредбама и скупштинским правилницима (Данска, Француска, Немачка, Ирска, Велика Британија). Мањи број земаља (које нису оснивачи

3 У демократским друштвима постоје два основна модела деловања интересних група: плуралистички (представник САД), где постоје лабаве и добровољно повезане интересне групе, често конкурентске, где држава има неутралну улогу и некорпоративни модел (Немачка), где држава каналише деловање интересних група (синдикати, верска, пословна удружења).

4 Honest Leadership and Open Government Act of 2007.

5 Lobbying Act of Canada, 2008.

Уније или су са скоријим датумом пријема у чланство) ову област су регулисале законима (Пољска, Мађарска, Литванија, Словенија). Државе које су законима регулисале ову област углавном имају и регистре лобиста. Занимљиво је, међутим, да поједине државе, које немају законску регулативу лобирања имају регистре (Француска и Швајцарска која није чланица ЕУ, Народна скупштина Републике Србије, 2011).

Поменута искуства и начин законског регулисања имају утемељење и у нивоу перцепције корупције.⁶ Такав приступ представља и један од оговора на претходно постављена питања, која могу представљати слику наличја свих аспеката лобирања. Према овом приступу, постоје три модела регулисања делатности лобиста: систем ниског нивоа регулисања, где је ниво индекса перцепције корупције од 1 до 29, систем средњег нивоа регулисања, где је ниво индекса перцепције корупције од 30 до 59, и систем високог нивоа регулисања, где је ниво перцепције корупције од 60 и више.⁷

3. Окружење Србије – државе настале након распада бивше Југославије

Државе настале након распада бивше Југославије појави, феномену и регулисању лобирања приступиле су на различите начине. Иако је Словенија прва постала члан Европске уније, а сада тај статус има и Хрватска, општа карактеристика свих ових држава је транзиција, са свим својим проблемима и аномалијама. Ове земље су своју самосталност оствариле кроз ратове, чије последице и данас оптерећују њихове унутрашње и спољне односе. Испреплетани проблеми политике и економије на свим пољима изградње држава, политичких система и обнављања националних економија, доносили су, између осталог, и законске промашаје, који су водили реформама реформи. Тежња да се законодавство уједначи са европским стандардима, доводила је често до доношења непримењивих закона. Ови закони су задовољавали стандарде, али су били у диспропорцији са друштвеним и економским односима. Област лобирања је у неким државама регулисана законом, у неким државама за то постоји добра воља. Кратко време примене донетих закона још увек не даје довољно параметара за оцену њихове ефикасности.

6 Модел је дат према истраживању проф. Раја Чарија, директора Института за централноевропске студије у Даблину. Б. Кашћелан, Д. Крсмановић, Економско и политичко лоборање, Београд 2012.

7 Постоји и диспропорција између индекса перцепције корупције и начина регулисања лобирања, као нпр. у САД и њиховим федералним државама.

Занимљиво је да је област лобирања прва од постјугословенских држава законом регулисала Македонија.⁸ Може се рећи и да је то био пионирски подухват, ако се узме његова диспропорција са нагомиланим економским и политичким проблемима које ова држава има још од осамостаљења. Она је донела Закон о лобирању 2008. године, уз поштовање свих потребних стандарда и претходно спроведену јавну дискусију. Кроз јавну дискусију је дефинисано низ питања, а приметно се издвојило питање: „Да ли дефинисане активности, које ће се сматрати лобирањем, неће отежати слободни приступ и учешће грађана и грађанских организација у законодавном и административном процесу одлучивања?“⁹ Проблем који намеће ово питање биће препознатљив и у осталим постјугословенским државама.

Македонски Закон о лобирању уређује начела лобирања, услове за стицање звања лобисте, регистрацију, вођење Регистра лобиста, права и обавезе лобиста, активности које се не сматрају лобирањем и надзорне мере. Закон је већ 2011. године претрпео измене и допуне, сходно одлуци Уставног суда Македоније о проглашењу неуставним појединих одредби овог закона. Одлука Уставног суда тицала се баш оних проблема који су означени поменутих питањем из јавне дискусије о овом закону (услови које морају да испуне физичка лица за обављање делатности лобисте и активности које се не сматрају лобирањем). Иницијативу за оцену уставности поднело је неколико невладиних организација и удружења грађана (Народна скупштина Републике Србије, 2011).

Словенија област лобирања није регулисала посебним законом о лобирању, већ је то учињено Законом о интегритету и спречавању корупције из 2011. године.¹⁰ Ова држава је прва од држава насталих на тлу бивше Југославије постала чланица ЕУ. У тај процес је ушла са бољим животним стандардом грађана од осталих постјугословенских држава и релативно добро заокруженим политичким и економским системом. Међутим, и поред тога, суочена је првенствено са економском, а потом и политичком кризом. Слика наведеног јесте и примена Закона о интегритету и спречавању корупције. Овај закон је и поред кратког времена примене претрпео више измена и допуна.

Исте године је донет и Закон о лобирању у Црној Гори, с тим што је његова примена почела од 1. јануара 2012. године.¹¹ Није међан ни допуњаван, а свако оцењивање његове примењивости је незахвално, јер његова права примена, практично, није ни заживела.

8 Законот за лобирање, Сл. Весник на Република Македонија, 106/2008

9 Анализа на предлог Законот за лобирање, Скопје 25. 3. 2008.

10 Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije, Uradni list RS, št. 69/2011.

11 Закон о лобирању, Сл. лист Црне Горе, бр. 54/11 од 17.11.2011.

Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија немају законску регулативу у области лобирања.

4. Лобирање у Србији – данашњица и перспективе

Стање проблема лобирања и његових перспектива у Србији отвара низ питања, сличних оним са којима су се сусретале државе у окружењу, али и специфичних за стање друштва и регулативе унутар земље. На питање да ли уставни оквири пружају адекватне могућности за регулисање ове области, одговор је позитиван. Сам Устав омогућава непосредну примену права која су од посебног значаја за лобирање: слободу говора и мишљења, слободу јавног окупљања и удруживања и право грађана на петицију државним органима. Према чл. 18. Устава Републике Србије јемче се и, као таква непосредно примењују, људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима.¹² Према чл. 56. Устава, свако има право да, сам или заједно са другима, упућује петиције и друге предлоге државним органима, организацијама којима су поверена јавна овлашћења, органима аутономне покрајине и органима локалне самоуправе и да од њих добије одговор када га тражи.¹³ У гарантовању ових права Устав Републике Србије је експлицитан. У ставу 3 члана 18. Устава стоји: „Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровеђење“.¹⁴ Могућности за непосредну примену ових права, али и за примењив утицај јавности на законодавни процес пружа и Пословник Народне скупштине Републике Србије. Овом Пословником је регулисана и институција јавног слушања.¹⁵ Заштита поменутих права гарантована је и пратећом законском регулативом и надлежностима посебних државних органа (Омбудсман, Заштитинк равноправности итд).

Поставља се, међутим, питање да ли је то довољно да се лобирање прими као нормални сегмент политичког живота и саставни део законодавног процеса. Заштићена права уз недостатак посебног законодавства у области лобирања могу померити границе корисности и злоупотреба, о којима је претходно било речи. Политички односи у Србији и сам систем избора и власништва над посланичким мандатима, остављају недоречености и

12 Устав Републике Србије, РС бр. 37, Београд 2006.

13 Исто

14 Исто

15 Пословник Народне скупштине Републике Србије, Службени гласник РС, бр 52/2010, чл 83. и 84.

могућности за злоупотребу. Устав даје могућност поверавања мандата политичким партијама (чл. 102. Устава), али је на основу одлуке Уставног суда, власништво над посланичким мандатом дато искључиво народним посланицима, чиме је практично дерогиран чл 102. самог Устава.¹⁶ На другој страни, у Скупштини нема неформалних посланичких коалиција, па нема ни могућности да се посланици различите партијске припадности окупе око једног предлога који заговарају поједине интересене групе или су у складу са интересима појединих региона.

Све наведене одлике друштвене и политичке стварности у Србији јесу и одлика постојања неформалног лобирања. Али, то намеће и питање где престаје грађанска иницијатива и њено остваривање кроз процес неформалног лобирања и где почиње коруптивна пракса са свим штетним последицама по друштво и појединца. Један од путева за каналисање поменутих појава и њихово свођење на минимум, јесте успостављање могућности за увођење формалног лобирања и адекватна законска регулатива.

Формално лобирање у Србији није регулисано. Постојећи прописи (нпр. о забрани конфликта интереса) нису адекватни да би се у овој области могао применити дерегулативни приступ, попут поједних примера у Европској унији. Досадашња пракса у овој области, нарочито у законодавном процесу, очигледно одсликава потребе друштва, његове могућности, али и опасности и погубно дејство непостојања адекватне законске регулативе. Само друштво је реаговало сходно својим потребама. Појам лобирања и његови неформални појавни облици постали су свакодневица. Друштво лобиста Србије постоји од 2009. године. На проблем и могућа решења указивао је и невладинсектор, а такође и међународне организације.¹⁷ Сличне иницијативе чуле су се и у Народној скупштини, у којој је 2011. године, на захтев појединих посланика, али и скупштинских тела, извршено истраживање о стању у окружењу али и о стању у свету, са компаративним прегледом законског оквира за лобирање (Народна скупштина Републике Србије, 2011). Ту су, међутим, државни органи застали са реализовањем датих иницијатива. Чини се да је проблем који је лоциран и отворен, поново

16 Утемељење за овакву одлуку Уставни суд је нашао у стандардима прихваћеним у ЕУ, на основу важећих међународних конвенција, са идејом да се онемогући стварање „партијске државе“, али је оваква одлука омогућила одлазак у другу крајност и појаву „трговине мандатима“ и могућност промене скупштинске већине, што у друштвима са транзиционим проблемима може да поспешу злоупотребе и могућности за корупцију.

17 Исте године када је основано Друштво лобиста Србије, на иницијативу и под покровитељством UNDP и Европске уније урађена је студија која је дала упоредна искуства и препоруке за Србију (др Др Драган Голубовић, Заговарање и лобирање у парламенту и органима извршне власти, Београд 2009).

гурнут у страну и да је коначно законско регулисање одложено за нека друга времена.

Стиче се утисак да је за регулисање области лобирања у Србији недовољно донети само један закон, већ да је потребно решавању проблема уподобити и постојеће законодавство, али и створити друштвену атмосферу, која ће омогућити да и формално лобирање заживи са својим позитивним атрибутима. То је једини начин да се аномалије неформалних процеса спрече и предупреду.

Литература

- Вилкокс, Д, Камерон, Г, Олт, Ф, Ејџи, В. (2006). Односи с јавношћу: стратегије и тактике. Београд: Центар за издавачку делатност Економског факултета
- Голубовић, Д. (2009). Заговарање и лобирање у парламенту и органима извршне власти: упоредна искуства и препоруке за Србију. Београд: UNDP
- Кашћелан, Б, Крсмановић, Д. (2012). Економско и политичко лобирање. Београд: Завод за уџбенике
- Кашћелан, Б. (2006). Правни оквири лобирања. Правни живот. 11 (06). 105-116
- Јеленковић, П, Јеленковић, Љ. (2012). Односи с јавношћу у области заштите животне средине. Београд: Чигоја штампа
- Народна скупштина Републике Србије, (2011). Истраживање Библиотеке Народне скупштине Републике Србије за потребе рада народних посланика и Службе Народне скупштине. 3-27/11
- Павловић, В. (1993). Енциклопедија политичке културе – Власт. Београд: Савремена администрација
- Стојановић, Р. (1998). Спољна политика Европске уније. Београд: Досије

Правни извори

- Анализа на предлог Законот за лобирање. Скопје. 25. 3. 2008.
- Законот за лобирање. Сл. Весник на Република Македонија. Бр. 106 (2008)
- Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije. *Uradni list RS*. Št. 69 (2011)
- Zakon o lobiranju. *Službeni list Crne Gore*. Br. 54 (2011)
- Пословник Народне скупштине Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 52 (2010)
- Lobbying Act of Canada. 2008
- United States v. Rumely 345 U.S. 41 (1953)
- US Gov. Honest Leadership and Open Government Act. 2007
- Устав Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 37 (2006)

Nebojša Ranđelović, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Predrag Jelenković, Ph.D.

Official Manager of the Privatization Agency,
Republic of Serbia

Legal, Historical and Political Aspects of Lobbying in Serbia and the Neighbouring Countries

Summary

Lobbying is a legitimate and necessary political instrument in a democratic society. Politics is no longer a process which can be directed (in hierarchical structure) only by politicians elected to sit in Parliament or in Government. Nowadays, politics has largely become reliant on political counseling and external consultants (lobbyists) in different areas of social life (economy, science, etc.). In many developed democracies, lobbying has been institutionalized through the adoption of relevant legislation. In transition countries, in order to lay grounds for the prospective action, it would be necessary (first of all) to prepare the society for the process of introducing the concept of lobbying into the legislative framework. In that context, this initial stage may include devising a straightforward and well-prepared public relations strategy which would justify its introduction and most transparently provide for its institutionalization.

Keywords: lobbying, lobbyists, legislation, Serbia.

Др Дејан Јанићијевић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925

Рад примљен: 31.03.2014.
Рад прихваћен: 09.04.2014.

САДРЖИНА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА – ФАКУЛТАТИВНИ ЕЛЕМЕНТИ КАО СРЕДСТВО ИСПОЉАВАЊА УГОВОРНЕ СЛОБОДЕ**

Апстракт: Са развојем међународног правног промета и арбитражне регулативе и праксе, који се одликују порастом комплексности трансакција, настаје и потреба за установљавањем механизма за решавање спорова који из њих произлазе примерених њиховим специфичним својствима. Досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, доведена је у питање све већом сложености међународне трговине и растућом софистицираности трансакција. Савремени арбитражни споразум требало би зато, не само да учини јасном намеру страна да одређени спор повере арбитражном суду на решавање, већ и да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.

Кључне речи: арбитража, арбитражни споразум, арбитражна клаузула, факултативни елементи арбитражног споразума.

1. Уводна разматрања (шта арбитражни споразум мора да садржи)

Листа обавезних елемената садржине арбитражног споразума веома је кратка и своди се на идентификацију спора (или правног односа из којег спор може настати) који ће се решавати у арбитражи и означавање лица (арбитра) која ће одлучивати о захтевима странака. „И најгоре састављен

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** 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).

арбитражни уговор треба да има две ствари: опис спора и индикацију ко ће бити арбитар“ (Голдштајн,Трива, 1987: 96)

Поред ових обавезних састојака, арбитражни споразум може садржати и друге елементе којима се регулишу одређења факултативна питања. Када је пропуштено да се у арбитражном споразуму ова питања реше, могуће их је решити на два начина, зависно од тога о којој се врсти арбитражног суда ради. Ако је у питању арбитражни суд *ad hoc*, факултативна питања решаваће се применом суплеторних норми меродавног националног арбитражног процесног права, а ако се решавање спора поверава институционалном арбитражном суду, посегнуће се за аутономним правилима арбитражне институције.

Дакле, први обавезни елемент садржине арбитражног споразума је означавање арбитражног спора, односно, правног односа из којег је спор настао или може настати, који морају бити одређени и у субјективној и у објективној компоненти. Спор може потицати из свих правних односа који могу генерисати спорове који се по закону сматрају арбитрабилним.

Идентификација спора релевантна је само када је реч о арбитражном уговору, будући да у моменту уговарања арбитражне клаузуле, који се подудара са временом склапања главног уговора, спора још увек нема. Зато је, када се ради о компромисорној клаузули, потребно прецизирати правни однос из којег могу настати спорови који ће се решавати у арбитражи.¹ То је најчешће онај правни однос који је настао закључењем главног уговора у који је арбитражна клаузула физички инкорпорисана, а може бити и однос који проистиче из уговора који упућује на арбитражну клаузулу садржану у општим условима за закључење правног посла. Иако правила неких институција предвиђају могућност да арбитражна клаузула обухвати спорове који настају и из већег броја правних односа одређених субјеката,² универзална је тековина арбитражног права да није допуштено уговарати арбитражно решавање свих спорова који би у будућности могли настати у свим пословним односима између страна. Исто тако, арбитражна клаузула не може се односити на све спорове из међусобног правног промета чланова пословних асоцијација, иако се може рећи да је у том случају правни однос одредив, односно, генерички одређен (Голдштајн,Трива, 1987: 141).

Нужност прецизирања спора који ће се решавати у арбитражи, односно, правног односа из којег спор може настати, представља средство оства-

1 Наш Закон о арбитражи говори о „спору из одређеног правног односа или будућем спору“, а сличне формулације садрже и међународни извори, што говори у прилогу тврдњи да спор који се решава у арбитражи мора потицати из правног односа који је у арбитражној клаузули индивидуализован.

2 Правилник Сталног изабраног суда при Привредној комори Србије, на пример.

рења правнополитичког циља онемогућавања преношења надлежности за решавање спорова са државних на приватне арбитражне судове на уопштен начин и на непрецизним основама.³

Други нужни елемент арбитражног споразума јесте означање лица која ће бити носиоци функције пресуђења у арбитражном поступку. Обавезност овог елемента развојем арбитраже све се више доводи у питање, будући да се, са једне стране, сматра довољним предвидети и само институцију при којој ће се арбитражни суд формирати, а са друге стране, пуноважним се сматрају и они споразуми чија је садржина ограничена искључиво на прецизирање спора (или правног односа). У таквим ситуацијама, странкама је омогућено да се накнадно сагласе у погледу арбитражног суда, или да се за решавање овог питања обратe неком специјализованом телу,⁴ које их може упутити на одређену институцију или позвати да саме, у одређеном року, изврше именоване арбитра. Исте могућности странама су на располагању и када су оне уговориле решавање спора пред институционалним арбитражним судом, али нису прецизирале састав овог органа (Перовић, 1997: 129).⁵ У ситуацијама када арбитражним споразумом није одређен тип арбитражног суда који ће спор решити, треба претпоставити да су стране у спору имале у виду повремену арбитражни суд (Станковић, Старовић, Кеча, Петрушић, 2002: 123).

У даљем тексту биће представљене могућности страна арбитражног споразума да уговорним регулисањем појединих питања, као што су одређивање за вид арбитраже који ће бити примењен на решавање њиховог спора, омогућавање учешћа већег броја субјеката са положајем странке у арбитражном поступку, избор и својства арбитра, као и одређење за меродавно право, арбитражни поступак у што већој мери учине примереним потребама решавања конкретног спора.

3 Ibid, стр. 122.

4 Одредбом чл. IV Европске конвенције предвиђено је да се стране у спору могу обратити председнику надлежне трговинске коморе или специјалном комитету одређеном на начин описан у одредби чл. IV ст. 3 ове конвенције.

5 Предвиђањем ове могућности и благонаклоном праксом државних судова, у ствари се испољава став којим се фаворизује одржавање на снази арбитражног споразума, у чему се иде дотле да се недостаци у погледу његове садржине занемарују ако је из садржине могуће закључити да су странке имале намеру да се спор реши у арбитражи.

2. Опште напомене о факултативним елементима арбитражног споразума

Поред обавезних елемената, арбитражни споразум може садржавати и велики број факултативних састојака, при чему до изражаја долази уговорна слобода странака, која је омеђена оквирима које постављају императивни прописи и правила арбитражних институција. Чак и у случају постојања уговорних одредаба које су противне императивним прописима, у многим државама политика очувања арбитражног споразума довешће до тога да ће се сматрати да проблематичне одредбе нису ни уговорене (Schwab, Wagner, Baumbach, Bosch, 1990: 49).⁶ Ако би, пак, неком одредбом арбитражног споразума била повређена институционална арбитражна правила, арбитражна институција могла би одбити надлежност за решавање спора.⁷

Листа факултативних питања која се могу наћи у арбитражном споразуму практично је неограничена. Иако се формалноправно, у овом смислу, не прави разлика између арбитражне клаузуле и арбитражног уговора, у пракси, из разумљивих разлога, редакција арбитражног уговора (компромиса) много је исцрпнија у односу на арбитражни клаузулу. Попис необавезних елемената арбитражног споразума, између осталог, може укључити ограничење важења арбитражног споразума условом или роком, одређивање састава арбитражног суда, детаљна правила о спровођењу поступка, одлучивању и садржини арбитражне пресуде, као и њеном побијању, као и одредбе о избору меродавног материјалног права, праву трећих лица на интервенцију, условима допуштености спајања арбитражних поступака и овлашћењу арбитражног суда да одлучује као *amiable compositeur* или *ex aequo et bono*.⁸

6 У немачком праву арбитражни споразум био би ништав само ако се установи да га стране без спорне одредбе не би закључиле. У нашем праву примењује се одредба чл. 105. ЗОО. према којој је арбитражни споразум ништав само ако се установи да је спорна одредба услов и одлучујућа побуда због које је закључен.

7 Према одредби чл. 17. Правилника СТА, арбитражни суд може искључити своју надлежност ако арбитражни споразум садржи одредбе које нису у складу са надлежностима арбитражног суда и начелима арбитражног поступка, односно, ако су захтеви и поступање обе странке у току поступка такви да онемогућавају нормално одвијање арбитражног поступка.

8 Одредбом чл. 47. Закона о изменама и допунама ЗПП (Сл. Лист СФРЈ, 27/90), у ЗПП је унесен чл. 479а, којим се арбитражном суду даје овлашћење да, на основу изричите сагласности странака, одлучује по правичности. До тада је ова могућност била расположива само у међународним арбитражама на основу одредаба ратификоване Европске конвенције и тада важећег Правилника СТА. Данас, Закон о арбитражи РС изричито предвиђа да арбитражни суд може да донесе одлуку на основу правде и

Питање садржине конкретног арбитражног споразума од великог је практичног значаја с обзиром на утицај који његове одредбе могу имати на права и интересе странака арбитражног поступка.

Са развојем међународног правног промета и арбитражне регулативе и праксе, који се одликују порастом комплексности трансакција и потребом за установљавањем механизма за решавање спорова који из њих произлазе примерених њиховим специфичним својствима, све је евидентнија потреба озбиљнијег теоријског и практичног сагледавања питања садржине арбитражног споразума. Досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, које се, углавном, своде на формулацију „сваки спор који настане из уговора биће поверен арбитражном суду према правилима одређене арбитражне институције“ доведена је у питање све већом сложености међународне трговине и растућом софистицираности трансакција. Савремени арбитражни споразум требало би зато, не само да учини јасном намеру страна да одређени спор повере арбитражном суду на решавање, већ и да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.⁹

3. Консолидација, интервенција и субјективна кумулација

С обзиром на пораст броја пословних аранжмана који обухватају већи број учесника, као последицу у усложњавања савременог правног саобраћаја, и спорови у којима учествује више од два субјекта све се чешће јављају – нарочито на међународном плану. Учешће већег броја субјеката у уговорном

правичности, и то само ако су се странке о томе изричито споразумеле (чл. 49). У међународним оквирима, одлучивање по правичности предвиђено је одредбом чл. VII ст. 2. Европске конвенције, чл. 23. Арбитражних правила UNCITRAL-а и чл. 28. Модел закона UNCITRAL-а, који поред изричитости воље странака захтевају и да одлучивање по правичности буде допуштено по одредбама надлежног права.

⁹ Наведени став може се илустровати употребом термина спор у америчком праву. Наиме, раније је било довољно у арбитражном споразуму навести да се арбитражном суду поверавају „...сви спорови о правима који настају између страна...“ Међутим, почев од одлуке Врховног суда којом је усвојено гледиште да Федерални арбитражни закон САД не садржи ограничења у погледу права која странама припадају по самом закону, наведена формулација може се односити и на она права која странама припадају по уговору, као и на права која им припадају по закону. Зато је у арбитражном споразуму сада, уколико је намера страна да само уговорне спорове решавају у арбитражи, неопходно изричито искључити могућност арбитражног решавања ове друге врсте спорова – видети предмет *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. (1985).

односу, поводом којег је настао спор, у значајној мери усложњава ситуацију у погледу поверавања таквог спора арбитражном суду на решавање.

Садржајнији и трансакцији примеренији арбитражни споразум, нарочито када се ради о аранжману који обухвата више од два субјекта, требало би да покрије и читав низ проблематичних питања као што су: опредељење за *ad hoc* или институционалну арбитражу, место арбитраже, број и квалификације арбитра, селективна или мешовита апликација институционалних арбитражних правила, правила о извођењу доказа у арбитражном поступку, форма и садржина арбитражне одлуке, меродавно право за арбитражни споразум, спор и поступак, стандарди судске контроле арбитражне одлуке и сл.

Најзначајнији процесни институти кроз чије се учешће више од два субјекта са положајем странке у арбитражном поступку може реализовати су: спајање арбитражних поступака, субјективна кумулација (пандан супарничарству у парничном поступку) и интервенција (мешање). Према преовлађујућем ставу арбитражне теорије и праксе, с обзиром на преодминантан значај принципа консесуализма, допуштеност ових института у арбитражном поступку мора бити утемељена арбитражним споразумом („Принудна консолидација наноси неправду оним лицима која одбијају да уговорно пристану на вишестраначку арбитражу“ – Schaeffer, 1988/1989: 498).

Дакле, када су у питању право трећих лица на интервенцију, односно, допуштеност субјективне кумулације или спајања арбитражних поступака, већина теоретичара арбитражног права сматра да ту, заправо и не постоји никакав проблем. Ослањајући се на уговорну конструкцију арбитраже, они сматрају да, уколико се странке арбитражног поступка нису сагласиле на субјективну кумулацију, спајање поступака, или интервенцију, ни државни ни арбитражни судови не могу имати овлашћење да их својом одлуком нареду. Према њиховом аргументима, наредити спајање поступака или омогућити придруживање или интервенцију без сагласности иницијалних странака арбитражног поступка и лица која ће евентуално узети учешће у њему, значило би занемаривање споразума странака и довођење у питање читаве конструкције механизма за решавање спора о којем су странке постигле споразум (Redfern, Hunter, 1991: 186; Rau, Sherman, 1995: 111 – 118; Stipanovich, 1987: 494). То значи да, с обзиром да су овлашћења арбитражног суда установљена и ограничена арбитражним споразумом, арбитар нема право да нареди примену института којима се омогућава да

се већи број спорова реши у једном поступку уколико се стране тих спорова експлицитно или имплицитно са тим нису сагласиле.¹⁰

Сагласност на арбитражно решавање спорова насталих из вишестраних или комплексних уговорних односа веома се тешко постиже (Дика, 1991: 111).¹¹ Тешкоће су, компаративно посматрано, веће када се ради о сложеним него када су у питању мултилатерални односи, будући да се релације између учесника у првом случају регулишу већим бројем одвојених уговора.

Како је арбитража добровољни механизам за решавање спорова, а арбитражни споразум инструмент преношења јурисдикционих овлашћења са државних на арбитражне судове, сматра се да сва овлашћења арбитра потичу искључиво из арбитражног споразума (Higgins, 1991: 1542; Motomura, 1988: 38; Stipanovich, 1987: 476 – 477). Арбитар који се суочи са захтевом за спајање поступака, или са проблемом придруживања или интервенције трећег лица у арбитражи, позваће се, најпре, на одредбе арбитражног споразума које се односе на трећа лица, односно спајање поступака, уколико их уопште има. Овде постоје три могућности: а) да арбитражни споразум изричито предвиђа спајање поступака, интервенцију или придруживање трећих лица у арбитражном поступку, б) да их арбитражни споразум изричито искључује и ц) да арбитражни споразум не предвиђа ништа или је нејасан у погледу ових института (Rau, Sherman, 1995: 110 – 118).

Прва ситуација, иако веома ретка, најлакша је за решавање – ако су странке својим споразумом нормирале субјективну кумулацију у ма којој страначкој улози, или су предвиделе могућност консолидације поступака, или су омогућиле трећим лицима да интервенишу под одређеним условима, судови треба само да ефектуирају такве одредбе у споразуму странака, па допуштеноост ових института не представља никакав проблем (Rau, Sherman, 1995: 110 – 111).

Друга и трећа ситуација, разумљиво, стварају много веће проблеме.

10 Овај аргумент не онемогућава државним судовима, чија овлашћења нису ограничена споразумом странака, да нареду придруживање или интервенцију трећих лица.

11 У теорији арбитражног права инсистира се на разликовању мултилатералних и сложених (комплексних) правних односа, при чему се у прву групу убрајају конзорцијуми, *joint ventures*, вишестрани споразум о индустријској кооперацији и сл, док друга група обухвата оне односе који су међусобно повезани, али не и вишестрани. Оваквој подели може се замерити да у систем комплексног односа могу ући и двострани и вишестрани уговори, као и то да је и комплексан однос, интегрално посматрано, вишестран, без обзира што може да га чини већи број двостраних односа (на пример, уговори између наручиоца радова и извођача и између извођача и подизвођача).

Када су арбитражним споразумом спајање поступака, интервенција и субјективна кумулација изричито искључени, несумњиво је да принципи поштовања арбитражног споразума и страначке аутономије воље намећу арбитрама и државним судовима дужност да не повреду ове експлицитне забране. Међутим, иако је готово немогуће оправдати занемаривање такве одредбе арбитражног споразума, закони неких држава, као што је, на пример, држава Масачусетс у САД, предвиђају такву могућност под одређеним условима (Rau, Sherman, 1995: 111).¹² Изричита формулација арбитражног споразума, којом се наведени институти искључују, могла би и у неким другим јурисдикцијама бити игнорисана позивањем на принцип ефикасности, као и на поштовање јавног поретка или принципа правичности (Rau, Sherman, 1995: 111 – 112).¹³

Убедљиво су најчешће ситуације када је арбитражни споразум нем у погледу спајања арбитражних поступака, субјективне кумулације или интервенције трећих лица (Rau, Sherman, 1995: 112 – 113).¹⁴ Иако се арбитражи, у циљу решавања проблема који настају у оваквим околностима, најчешће ослањају на сам арбитражни споразум и правила о његовом тумачењу, примена ових правила, будући да су она често нејасна или контрадикторна, најчешће не представља прави пут установљавања праве воље уговорних страна (Rau, Sherman, 1995: 112 – 118). У међународној арбитражној теорији и пракси тренутно је најзаступљенији став да се, у одсуству изричите одредбе, сматра да стране арбитражног споразума својим ћутањем изражавају негативан став у погледу спајања поступака, интервенције и придруживања (Redfern, Hunter, 1991: 186 – 187; Rau, Sherman, 1995: 111 – 118; Stipanovich, 1987: 494) и да је за обезбеђење допуштености ових института у арбитражном поступку потребно накнадно постићи експлицитну сагласност воља свих потенцијалних субјеката арбитражног поступка. Ипак, постоје многа доктринарна мишљења према којима има правно и логички прихватљивих аргумената за ублажавање овако искључивог негативног приступа.

4. Институционална или *ad hoc* арбитража

Учесницима међународног промета, који јурисдикциону инвестицију за решење свог спора желе да повере арбитражном суду, на располагању

12 *Massachusetts General Laws Annually*, поглавље 251, одељак 2А (West 1988).

13 Аутори примећују да су многи судови америчких федералних јединица усвојили овакав приступ, иако се исто не може рећи и за федералне судове САД.

14 Разлог овоме често је немогућност антиципирања ко све могу бити потенцијално заинтересована лица.

стоје две опције: институционална и *ad hoc* арбитража. *Ad hoc* арбитража се у међународној пракси најчешће спроводи према UNCITRAL-овим правилима о арбитражи, која предвиђају да стране арбитражног спора, уз учествовање у поступку у својству странака, могу истовремено самостално установљавати допунска правила арбитражног поступка и партиципирати у управљању њиме. Ова могућност намеће велики терет странкама – нужност остваривања сарадње у условима постојања несагласности и супротстављених позиција, који, по природи ствари, отежавају било какву комуникацију између њих.

Из тог се разлога, у условима међународног пословања, институционална арбитража, коју одликују изграђена пракса арбитражних институција и постојање дефинисаних административних оквира за спровођење поступка и пратећих активности, чини се као много логичнији избор, који се реализује арбитражним споразумом.

Неки аутори сматрају да све предности институционалних арбитража ипак не оправдавају знатно веће трошкове које оне изазивају, као и да се недостаци *ad hoc* арбитража све више отклањају (Пауновић, 1997: 58). Исто тако, арбитражна одлука, која се донесе под окриљем реномиране арбитражне институције, имаће већу изгледност признања захваљујући репутацији институције. Због тога је, према неким ауторима, у међународној арбитражној арени, истински проблематично не питање опредељења између *ad hoc* арбитраже и институционалне арбитраже, већ питање избора арбитражне институције којој ће се поверити решавање међународног трговинског спора (Carbonneau, 2003: 1207).

Кључни критеријуми у погледу избора арбитражне институције у међународној арбитражи најчешће се односе на доступност арбитражног форума, трошкове поступка и квалитет институционалних услуга. С обзиром на константно увећање броја институција које се, између осталог, баве и пружањем услуга арбитражног решавања спорова, могућности избора за пословне субјекте постају све веће. Поред традиционалних носилаца делатности пружања правне заштите на међународном арбитражном плану, као што су Међународна трговинска комора, Лондонски суд међународне арбитраже, Америчка арбитражна асоцијација и др, учесници међународног промета имају могућност опредељења и за читав низ нових – општих или специјализованих институција. Тако, на пример, Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, Интерамеричка комисија за арбитражу, Светска организација за интелектуалну својину, као и многе друге институције, својим корисницима нуде услуге алтернативног решавања спорова.

Трошкови арбитражног поступка могу бити значајан фактор опредељивања за једну или другу арбитражну институцију. Стога би анализа трошкова и користи (*cost-benefit*) требало да буде један од нужних корака приликом опредељивања за одређену арбитражну институцију. Пракса показује да је арбитража коју администрира Међународна трговинска комора најскупљи вид арбитраже.¹⁵ Међународна трговинска комора, са своје стране, снажно се противи својој карактеризацији као најскупље арбитражне институције, истичући да укупна сума плаћена приликом иницијације арбитражног поступка пред органима ове институције износи мање од суме коју би странке платиле ако би се накнада одређивала према броју сати ангажовања институције у случају дуготрајних арбитража.

Можда најважнији критеријум који треба имати у виду приликом избора између различитих арбитражних институција представљају њихова арбитражна правила, која треба добро проучити у циљу установљавања која од њих више одговарају потребама странака (Kerr, Smit, 2002: 41).

Када је реч о мултилатералним споровима, иако су вишестрани и комплексни уговори већ постали уобичајена пракса савременог међународног правног промета, они и даље представљају проблематично доктринарно и практично питање. У контексту арбитражног решавања спорова који из оваквих уговора могу настати, решење за многа спорна питања превасходно се тражи у што детаљнијој редакцији арбитражног споразума, којом се настоје предвидети све могуће проблематичне ситуације. Тако и Водич о вишестраначкој арбитражи према правилима Арбитражног суда МТК¹⁶ препоручује да „када учесници у пројекту желе унапред да предвиде да ће сваки спор који настане између свих, или само неких од њих, бити решен од стране једног арбитражног трибунала у јединственом арбитражном поступку, оне то треба и да предвиде у споразуму.“ Ипак, пракса показује да се ни најисцрпнијом арбитражном клаузулом не могу обухватити сви потенцијални проблеми. Томе сведочи и случај *Euro-Disney*¹⁷ у коме је арбитражна клаузула била састављена на четири стране куцаног текста, па су се ипак појавила питања која њоме нису била обухваћена.

15 Јула 2003. године Међународна трговинска комора ревидирала је своја правила о административним трошковима и накнадама за арбитраже. Према новим правилима и трошкови и накнаде увећани су у односу на претходни период.

16 *ICC Guide on Multiparty Arbitration under the Rules of the ICC Court of Arbitration*, ICC Publication, бр. 404, 1982. година.

17 Одлука Врховног административног суда Француске донесена је 6. марта 1986. године – Ass, Rev. Arb, 1992. година, стр. 397.

У ситуацијама када арбитражним споразумом неко питање није нормирано доћи ће до примене арбитражних правила одређене институције.

Странкама институционалне арбитраже најчешће на располагању стоји могућност уговорне модификације институционалних арбитражних правила. Међутим, иако је неспорно да се правила неких институција могу модификовати, прилагођавати потребама решавања конкретног спора и комбиновати ради успостављања најприхватљивијег правног оквира за спровођење арбитражног поступка, претеране измене институционалних правила могу довести до многобројних административних потешкоћа. Зато је можда најједноставније и најпрактичније решење за странке да се поуздају у професионализам арбитражних институција и арбитрара и да верују да ће они бити у стању да арбитражни поступак прилагоде потребама решавања конкретног спора, уколико за тим настане потреба.

5. Избор и професионална одговорност арбитрара

Селекција арбитрара представља можда најпроблематичнији аспект арбитраже, који је својствен и арбитражном споразуму, будући да се овим инструментом, између осталог, може предвидети и састав арбитражног суда и начин именовања његових чланова (Bishop, Reed, 1998: 14; Carter, 1994: 5). Избор правог арбитра од кључног је значаја за ефикасност арбитраже и квалитет одлуке којом ће она резултирати.

Арбитражним споразумом могу се установити многа правила која се односе на арбитражни суд и арбитра, као што су она о саставу арбитражног суда, процедури именовања арбитра, начину избора председника арбитражног већа, износу накнада за рад арбитра, њиховим неопходним квалификацијама и сл.¹⁸

Поред тога, странке се могу сагласити и у погледу минималних квалификација свих потенцијалних арбитрара. У споразуму о међународној арбитражи, оне се могу споразумети да сваки арбитра, без обзира на то ко је овлашћен да га именује (странке, арбитражна институција или државни суд), треба да познаје одређени језик или да има одговарајућа знања из неког одређеног националног процесног права. Арбитражна институција ће у овим случајевима потврдити именовање само оних арбитра који задовољавају минимум постављених стандарда. Сврха оваквих одредаба је унапређење функционалности арбитражног поступка.

У контексту вишестраначких арбитража, питање именовања арбитра има нарочито велики значај, и представља можда најозбиљнији проблем арбитражног решавања вишестраних, односно комплексних спорова

18 Нашим Законом о арбитражи именовање арбитра регулисано је одредбом чл. 17.

у којима учествује већи број лица. Како је равноправност странака арбитражног поступка у погледу именовања арбитра један од кључних принципа арбитражне процедуре, веома је тешко конструисати механизам којим би се обезбедило да већи број лица равноправно партиципира у одређивању носилаца функције пресуђења, али и да сама процедура именовања задржи својства функционалности и ефикасности. Проблем се експоненцијално усложњава могућношћу да трећа лица учешће у поступку узму накнадно – након што је поступак између иницијалних странака већ започет, а арбитражни суд конституисан. Исто тако, у овим оквири-ма намеће се и питање да ли је могуће спајање арбитражних поступака покренутих пред различитим арбитражним судовима, и какав ће бити састав арбитражног суда који ће одлучивати у јединственом поступку.

Одговори на ова, као и на многа друга питања везана за именовање арбитра, само у идеалном случају могу се наћи у арбитражном споразуму. Ипак, како у пракси то најчешће није случај, питања везана за именовање арбитра и конституисање арбитражног суда у вишестраначким арбитражама захтевају детаљнију анализу.

Стране арбитражног споразума имају могућност уговарања одредаба које се односе на професионалну одговорност арбитра (Bristow, 2000: 15; Guzman, 2000: 1279). Овакве уговорне одредбе, међутим, готово да су бесмислене у многим правним системима, будући да се арбитражи, као и судије државних судова, према императивним прописима, сматрају имуним од оптужби које се односе на професионалност у обављању функције суђења (Lew, 1990: 128). У другим државама, пак, иако се арбитражи могу позивати на одговорност, ова могућност је ограничена искључиво на професионалне злоупотребе и у пракси се претежно односи на немар приликом обављања функције. Покушаји да се ове законске или прецедентне одредбе модификују и уведу другачији стандарди професионалне одговорности арбитра самим арбитражним споразумом, вероватно би резултирала немогућношћу проналажења личности која би преузела функцију арбитра, пошто је врло мало вероватно да би се потенцијални арбитражи одrekli свог имунитета од професионалне одговорности (Redfern, 1997: 120 – 121).

Непостојање професионалне одговорности арбитра, ипак, наставља да фрустрира и угрожава интересе странака арбитражног поступка. Неделотворност уговорних баријера, у стицају са непостојањем строге судске контроле, арбитра чине практично свемогућим, а странке потпуно зависним од његове перцепције права, правде, правичности и професионалних дужности. „Изабравши арбитражу своју судбину сте предали арбитражама... ово правило временом мора да постане анахронизам.“ (Митровић, 1996: 26). Могућност избора практично се своди на то да странка или верује ар-

битру и нада се најбољем, или да му постави одређена ограничења чије би прекорачење, у најбољем случају, могло довести до враћања дела накнаде под одређеним околностима.

6. Меродавно право

Питање меродавног права веома је битно решити арбитражним споразумом, и то превасходно у циљу отклањања опасности од нејасноћа и недоумица до којих би у супротном могло доћи.¹⁹ Одредбама о избору права потребно је предвидети право по чијим ће се одредбама тумачити арбитражни споразум, као и меродавно материјално и процесно право. Арбитражним споразумом могуће је дефинисати и домен примене арбитражних правила институције под чијим ће се окриљем водити арбитражни поступак. Питања избора права од посебног су значаја за међународну арбитражу, где је проблем непостојања једнозначне одређености правног режима, којем ће се арбитри повинovati приликом решавања спорова, нарочито изражен. Уговорне стране међународне трансакције требало би да избор меродавног права учине приликом закључења главног уговора – у оквиру арбитражне клаузуле, будући да је у погледу ових питања нарочито тешко постићи сагласност након настанка спора.

Постоје системи у којима законске одредбе дерогирају ма какав споразум којим се странке опредељују за примену одређеног права (Cordero, 1999: 23). Са друге стране, на међународном арбитражноправном плану креирани су бројни акти и системи норми национално-неутралног карактера које учесници међународног трговинског промета могу оптирати као право меродавно за решавање спорова. Таква својства имају, на пример, *lex mercatoria* (Gaillard: 2001: 59 – 61), Конвенција Уједињених Нација о међународној продаји робе,²⁰ UNIDROIT принципи или систем правила UNCITRAL-а.

Питање избора меродавног права у арбитражном поступку са већим бројем учесника са положајем странке додатно се усложњава самом чињеницом да сагласност треба постићи између већег броја лица, која, као свој непосредни интерес, могу видети примену различитих система правила, као и могућношћу накнадног придруживања, односно, интервенције трећих лица која ће стећи положај странке и учествовати у поступку који ће се водити по правилима на чију примену она нису претходно пристала.

19 Одредба чл. 50. Закона о арбитражи РС регулише избор меродавног права.

20 Конвенција донесена 11. 4. 1980. године, U.N. Doc. A/Conf. 97/18.

7. Закључак

Питање садржине конкретног арбитражног споразума од великог је практичног значаја с обзиром на утицај који одредбе овог инструмента могу имати на права и интересе странака арбитражног поступка.

Са развојем међународног правног промета и арбитражне регулативе и праксе, које, између осталог, одликује и растућа комплексност трансакција, коју прати потреба за установљавањем механизма за решавање спорова који из њих произлазе примерених њиховим специфичним својствима, све је евидентнија потреба озбиљнијег теоријског и практичног сагледавања питања садржине арбитражног споразума. Досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, које се, углавном, свде на формулацију „сваки спор који настане из уговора биће поверен арбитражном суду према правилима одређене арбитражне институције“ доведена је у питање све већом сложености међународне трговине и растућом софистицираности трансакција. Савремени арбитражни споразум требало би зато, не само да учини јасном намеру страна да одређени спор повере арбитражном суду на решавање, већ и да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.

Литература

- Голдштајн, А, Трива, С, (1987), *Међународна трговачка арбитража*, Загреб
- Перовић, Ј. (1997), *Пуноважност уговора о арбитражи*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд
- Станковић, Г, Старовић, Б, Кеча, Р. и Петрушић, Н, (2002), *Арбитражно процесно право*, Ниш
- Schwab, K, Wagner, G, Baumbach, A, Bosch, W. (1990)– *Schiedsgerichtsbarkeit*
- Schaeffer, E. (1988/1989), *Compulsory Consolidation of Commercial Arbitration Disputes*, Saint Louis Univ. L. J, бр. 33
- Redfern, A, Hunter, M. (1991), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*
- Rau, A, Sherman, E. (1995), *Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure*, Tex. Int'l L.J. бр. 30
- Stipanovich, T. (1987), *Arbitration and Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions*, Iowa L. Rev, бр. 72

Дика, М. (1991), *Вишестраначка трговачка арбитража – супарничарство и мијешање трећих особа*, Арбитража и подузетништво, Загреб

Higgins, C. (1991), *Interim Measures in Transnational Maritime Arbitration*, Tul. L. Rev, бр. 65

Motomura, H. (1988), *Arbitration and Collateral Estoppel: Using Preclusion to Shape Procedural Choices*, Tul. L. Rev, бр. 63

Пауновић, М. (1997), *Ad hoc арбитража као средство решавања међународних привредних спорова у савременим условима*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд

Carbonneau, T. (2003), *The Excercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vand. J. Transnat'l L, бр. 36

Craig, L, Park, W, Paulsson, J. (1999), *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1999. година

Kerr, J, Smit, H. (2002), *Comparison of International Arbitration Rules*

Bishop, D, Reed, L. (1998), *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Arb. Int'l, бр. 14

Carter, J. (1994), *The Sellation of Arbitrators*, Am. Rev. Int'l Arb., бр. 5

Bristow, D. (2000), *The Gathering Storm of Mediator and Arbitrator Liability*, Disp. Res. J, бр. 55

Guzman, T. (2000), *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, Duke L. J., бр. 49

Lew, J. (1990), *The Immunity of Arbitrators*, 1990. година

Redfern, A. (1997), *The Status of Arbitrators – duties and responsibilities*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд

Митровић, Д. (1996), *Међународна трговачка арбитража*, Београд

Cordero, G. (1999), *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*

Gaillard, E. (2001), *Transnational Law: A Legal System or Method of Decision Making?*, Arb. Int'l, бр. 17

Dejan Janićijević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**The Content of Arbitration Agreement:
Facultative Elements as an Instrument for
Exercising Contractual Freedom**

Summary

The content of an arbitration agreement is of great practical importance, given the effect its provisions may have on the rights and interests of the parties in the arbitration proceedings. Beside the mandatory elements, an arbitration agreement may include numerous facultative provisions, where parties express their contractual freedom, limited only by the imperative law and institutional arbitration rules. Even in cases when contractual provisions are contrary to the imperative law, in many states, the policy of maintaining arbitration agreement would result in ignoring the problematic provisions. The list of facultative elements of an arbitration agreement is practically limitless; among other elements, it may include: time limitations on the validity of an arbitration agreement; determinations referring to the composition of the arbitration tribunal; detailed rules pertaining to the procedure, decision-making processes and content of the arbitration award as well as its annulment; provisions on the choice of law; the right of third parties to intervene; joinder, consolidation and the authority of arbitration tribunal to decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono*.

The development of international commerce as well as arbitration legislature and practice, featuring transactions of ever-increasing complexity, have brought about the need to establish dispute resolution mechanisms modulated according to their specific characteristics. The customary practice of concluding arbitration agreements in the form of standardized and simple clauses is being challenged by the growing complexity of international trade. Therefore, not only should a modern arbitration agreement clearly demonstrate the parties' intent to submit a dispute to arbitration but it should also conform the arbitration procedure (as much as possible) to the content of the parties' relationship and the dispute that has emerged or may arise thereof.

Keywords: arbitration, arbitration agreement, arbitration clause, facultative elements

Др Сузана Медар,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 340.112

Рад примљен: 31.03.2014.
Рад прихваћен: 05.05.2014.

ОПСЕГ ЛОГИКЕ У ТУМАЧЕЊУ ПРАВА**

Апстракт: У општој херменеутици се, неретко, правна херменеутика, односно тумачење права, узима за огледну. Са друге стране, правна херменеутика је плодно „тле“ за преношење и даљи развој општих филозофских „струјања“. То се види на проучавању језика у праву и правне логике. Традиционалној, односно формалној логици тумачење, право „дугује“ основне законе, односно аксиоме мишљења, који доводе до истинитог сазнања. Шездесетих година 20. века оживљава стара, дијалектичка логика која изводи закључке на основу само вероватних премиса. То је био довољан „импулс“ за настанак нове теорије о аргументацији, као проблемском мишљењу и топице, која се бави „општим местима“, односно изворима или темељима из којих се добијају аргументи. Најзначајнији представници аргументативне, односно топичке мисли у праву су Хаим Перелман и Теодор Фивег. Код низа правних аутора, класични методи тумачења замењују се далеко бројнијим аргументима, чиме се проширује простор за стваралачку улогу тумача. Аргументација и топица углавном одолевају савременим приговорима са позиција систематског, односно аксиоматско-дедуктивног мишљења или схватањем да топица има своје место у правном расуђивању и поред систематског карактера права или, чак, проглашавањем аргументације и топице универзалним решењем за све правна питања па и Гордијев чвор између природног и позитивнг права.

Кључне речи: Херменеутика, тумачење права, језик права, формална логика, реторика, аргументација, дијалектичка логика, топица.

* medars@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, бр.01-1523/24-2013, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

1. Тумачење права као део опште херменеутике

Све хуманистичке науке заснивају се на тумачењу текстова. Управо методолошки дуализам између природних закона, који су дескриптивни, и друштвених правила, која су нормативна, доводи до одвајања природних и друштвених наука. За прве је карактеристичан метод објашњења, за друге, метод разумевања, који се састоји у тумачењу смисла. За Дилтаја је херменеутика постала специфичан метод разумевајућих духовних наука, које је он оштро одвојио од дедуктивно-номолошких, објашњавалачких, природних наука. „Човечанство би, схваћено у опажању и сазнавању, за нас било само физичка чињеница, и као такво било би приступачно само природно-научном сазнању. Као предмет духовних наука јавља се оно само уколико се људска стања доживљавају, уколико она долазе до изражаја у животним испољавањима, и уколико се ови изрази разумевају“ (Diltaş, 1980: 127).

У тријадној херменеутичкој феноменологији „Хегела херменеутике“, Емилија Бетија, посебно место заузима нормативно тумачење, које покрива област јуристичког и теолошког. За разлику од контемплативног усмерења историјске интерпретације, тумачење правника и теолога има усмеравајући, односно нормативни задатак. „Да примена права изискује тумачење закона, усмерено према садашњости и данашњем друштву, то нужно произлази из одређења сврхе права као поретка заједничког живота једне људске заједнице“ (Betі, 1988: 111-112). Бетијево дело је пример високог вредновања правне интерпретације у оквиру опште херменеутике. Правна херменеутика је несумњиво саставни део опште херменеутике у којој је одувек имала велики значај. „Заиста, нема никакве сумње да је правна херменеутика нераздвојан саставни део целокупне херменеутике, да је у овој одувек играла крупну улогу, да су њени корени дубоки и да сежу до античких дубина европске духовности“ (Basta, 1990: 88). За Бетија је, пак, карактеристично да зачетке својих општих херменеутичких канона налази управо на подручју права, и то цивилног права. Тако је он, посезањем за историјском подлогом херменеутичких канона, показао вредност правног херменеутичког искуства за настанак и уобличавање опште теорије тумачења.

На сложеност тумачења уопште, указују давнашњи покушаји где се „херменеутички проблем овако рашчлањивио: Разликујемо *subtilitas intelligendi*, разумевање, и *subtilitas explicandi*, тумачење, а у доба пијетизма је овоме додат и трећи члан: *subtilitas applicandi*, примјена“ (Gadamer, 1978: 341). Тумачење права је, такође, једно од најсложенијих и најсуптилнијих питања опште правне теорије и филозофије права, чија важност произлази

из тога што се у њему остварује међузависност између правне теорије и позитивноправних дисциплина, с једне стране, као и између њих и практичне примене права, с друге стране. Практични значај тумачења права је у томе што оно финализује позитивноправну регулативу чинећи је спремном за непосредну примену. По Висковићу, „тумачење дјелује у свим фазама примјене правне норме – од препознавања правно релевантног односа, преко избора правне норме и утврђивања чињеница и нормативних квалификација, до образложења нове нормативне радње“ (Visković, 1989: 145).¹

2. Средства тумачења права

Тумачење права као делатност утврђивања правог, односно истинитог значења правне норме, може се делити по различитим критеријумима. Међу њима су предмет тумачења, мотиви и исходи тумачења и с њима повезани творци тумачења односно интерпретатори, суштина и циљ тумачења и у теорији највише заступљен критеријум средстава тумачења права.

У домаћој правној теорији постоји високи степен сагласности у погледу средстава тумачења права. Зато им Врачар, у оквиру своје систематске методологије, диференциране по степену општости и прихватљивости на методолошке основе, методске поступке и методске инструменте, даје својство ових последњих: „Знања о *методским инструментима* су некако највише техничког карактера, па зато свуда, више или мање, добијају исти изглед и начин употребе...Зато, рецимо, средства тумачења

1 Проблем тумачења се не поставља само у области примене права. Он се управо јавља раније, при самом доношењу правних норми. Узмимо за пример норме, односно правила закона. Већ приликом њиховог изгласавања у законодавном телу „избија“ одређени смисао. Он се изналази кроз борбу мишљења у једном вишестраначком законодавном телу и материјализује путем писма. Знаци тог писма су већ ту испуњени одређеним значењским садржајем и управо то треба да нас руководи при каснијој примени права. Чини се да тумач мора, па и независно од релације субјективно-објективно у тумачењу, да „гравитира“ том утиснутом смислу, да га схвати као Аристотелову ентелехију, дакле нешто чему се тежи. Нека нам метафору поткрепи и Радбрух, по коме свако људско дело може да се схвати само из сопствене идеје, па тако „правнонаучно разумевање... посебно значи: усвојити право као остварење појма права, тј, као датост чији је смисао да оствари идеју права, тј. као покушај остварење идеје права“ (Radbruch, 1980:150). Постоје, при томе, три вида идеје права: правда, сврсисходност и правна сигурност. Могућа је и шира квалификација тумачења права: „Свако тумачење које превазилази констатовање прописа и његовог дословног текста (или констатовање обичаја), дакле свако истинско тумачење, више је него пука примена права, оно је налажење права“ (Кауфман, 1998: 161).

правних прописа свуда се подједнако третирају“ (Врачар, 2000: 233). У средства тумачења се уобичајено убрајају: језик, логика, систем, историја, и најзад, циљ норме. У поступку тумачења, најпре се употребљава језик као средство тумачења, односно врши се језичко тумачење. Језик је несумњиво основно средство тумачења, док су остала у извесном смислу споредна јер служе само исправљању језичког смисла. Остала четири средства се могу поделити у две групе. Прву групу чини у основи логика, било као логика у ужем смислу или као логика система права, те се тако добијају логичко и систематско тумачење. Ова средства се могу сврстати у унутрашња, јер се састоје само од елемената права самог. „Друга два средства су спољашња, јер се свODE на социолошка испитивања и састоје се у утврђивању друштвених околности свих врста које су утицале на доношење нормe, односно на њен циљ. Тако се добијају друга два тумачења: историјско и циљно“ (Лукић, Кошутић, 2008: 272). Пре него што се позабавимо логичким тумачењем, рећи ћемо понешто и о језику као средству тумачења. Ова привилегованост произлази барем из два разлога: један је поменута примарност језика у односу на остала средства интерпретације, а други, сродност језичко-аналитичког правца правне теорије са истраживањем логике у праву и правне аргументације.

„Језик права“ чини један значењски систем у који улазе „сви општеважећи знаци и семантичка, синтактичка и прагматска правила њихове употребе², којима се води правна комуникација“ (Visković, 1989: 24, 45). Лукић дели језичко тумачење према главним елементима језика на лексичко (речничко), граматичко, синтаксичко и интерпункцијско тумачење. Језик права је подсистем општег језика али и „један специјални и технички социолект, који се по многим особинама разликује од стандардног опћег језика и од других језичких подсистема“ (Visković, 1989: 26). Језик права, као језик ауторитативне контроле друштвеног понашања, с претњом државне силе против прекршоца, је „формализиран јер је *језик власти и извањске присиле*, којим се намећу увјети опстанка конфликтних друштвених група“ (Visković, 1989: 103). Услед тога се у правној области јављају покушаји стварања бар извесних елемената вештачког правног језика, односно посебних термина за означавање најважнијих правних појава.

2 Ради се о семиотици „као науци која се бави свим знаковним системима и има три подручја: синтактику, семантику и прагматику“ (Шијак, 2001: 213).

„Синтакса, дакле, треба да значи: повезаност знакова с другим знаковима, семантика: повезаност знакова с предметима чије се означавање устврђује, и прагматика: ситуацијска повезаност у којој учесници свагда користе знакове. Може се констатовати да у пракси мишљења која нам је данас уобичајена синтактичко-семантички аспект већином ужива предност. Синтакса се схвата помоћу семантике, док прагматика функционира само као средство за невољу да би се рецимо исправиле преостале несугласице“ (Fiveg, 1987: 130).

Филозофија друге половине 19. века и 20. века „стоји у знаку обрата: од филозофије свијести, повијести, сврховитости, метода итд. она се све више окреће питањима језика“ (Babić, Kramarić, 1987: 317). Ради се о тзв. аналитичкој филозофији где се анализа схвата као „чиста“ делатност са језиком и у том смислу, као антитеза традиционалној, метафизичкој филозофији.

Овај опште-филозофски импулс неочекивано се касно и слабо³ рефлектује у правној теорији и филозофије, наиме тек од средине 20. века. У послератној Европи најпре се јавља италијанска нормативно-аналитичка теорија права. У њој предњачи Норберто Бобио, чији есеј *Правна наука и анализа језика „поставља основе логичко-позитивичког и каснијег аналитичког смјера талијанске теорије права, а уједно је један од најранијих програма за испитивање права као језика у сувременој свјетској правној литератури“* (Visković, В, 1988: 8). Следеће средиште испитивања језика права је скандинавска „реалистичка теорија права“, коју је зачео А. Хегерстром, а наставили К.Оливеркрона и А. Рос, препознатљива по критици „метафизичког“ у језику правне науке и формалистичког схватања правне норме. И најзад, средиште које гравитира Оксфорду, у коме је најзначајнији представник Херберт Хант и његове „истанчане анализе правних појмова и ...опћи покушај синтезе сувремене нормативне теорије права и енглеског емпиризма“ (Visković, 1989 : 12-13).⁴

2.1. Логика као средство тумачења права

Логика се појмовно одређује као „наука о формама правилног и истинитог мишљења“ (Петронијевић, 1990: 9). Правна логика је наука о истинитом правном мишљењу. „У мишљењу правном и општем разликују се његова *форма* (облик, начин, „како мишљења“ и његова *садржина* (материја /*шта мишљења*“/)“ (Живановић, 1959: 705). „Основне логичке форме мишљења су појам, суд и закључак, као и њихови посебни облици“ (Šešić, 1962: 64).⁵

3 „Филозофија нашег столећа је претежно аналитичка, а нарочито филозофија језика, што се не може рећи за правну теорију...Аналитичка филозофија у XX. столећу битно је придонијела еволуцији етике, али не и правне теорије. У тој свези треба нарочито нагласити постанак једне посебне гране ове дисциплине – аналитичке етике (метаетики)“ (Opalek, 1987: 353-354)

4 Две су основне претпоставке „Хартове стратегије изградње прихватљиве концепције анализе правних појмова и исказа: прво, да су правни појмови и искази *sui generis* и, друго, да је могуће дати нетривијално објашњење сваког правног појма и правног исказа“ (Matulović, 1986: 54).

5 Најкраће речено, „појам је мисао о једном предмету или о једној одредби предмета... Суд је замисао односа између предмета или између неких њихових особина, одредаба

Логика чији су предмети форме мишљења зове се формалном логиком. У логичке претпоставке опште теорије права спадају и логички закони мишљења одн. принципи истинитог сазнања.⁶ У једном, ширем смислу, део логике је и Методологија, односно Правна методологија јер се „начини испуњавања мишљења (у његовим формама) разноликом садржином правних и других наука зову *методима*“ (Живановић, 1959: 706). Отуда у схватање да је „најкориснија, у складу са стварношћу и најближа истини формално-методолошка логика“ (Поповић, 2002: 83).

Постоје и друга одређења формалне логике. По једном, „формална логика је дисциплина која спознаје принудна правила о томе који су (формално) ваљани и неваљани облици мишљења“ (Visković, 2004: 20). По другом, донекле пејоративном, будући да је њена суштина чисто формална, логика „не тврди сама ништа садржинско, него само показује шта из тог доследно логички произилази...Логика се може употребити само као контрола истинитости исказа, а не и за стварање нових исказа“ (Лукић, 1992: 34). Аналитичка или формална логика ја „упућивање и поучавање како да разликујемо исправне од неисправних, тачне од нетачних закључака, који се изводе из премиса чија ваљаност односно истинитост није спорна...При том, исправност закључивања не зависи од предмета који се проучава, већ искључиво од поступка односно форме самог расуђивања. Зато се и сазнање о овој врсти мишљења и закључивања називају формалном логиком“ (Васић, Чавошки, 1996: 200).

Без обзира на различито вредновање логике у праву, нема правног писца који не признаје велики значај логике у тумачењу права. Право се као мисаони систем изражава логички. Отуда примена логичких закона на правну норму која је логичка категорија. Логика је један од друштвених кодова или важећих система значења. Наиме, нормативно-правни код „укључује и правила логике, или као неизмијењене опће методе индукције и дедукције, дефиниције, класификације итд., или (подвукла С.М.) као реконструисане методе правничке логике и аргументације“ (Visković, A, 1988: 1008). Логичко тумачење је двојако: њиме се, или проверава значење добијено другим тумачењима, нарочито језичким, или извлаче нова значења, која се не могу добити употребом осталих средстава тумачења.

или односа...Закључак је извођење новог суда из једног или више судова“.

6 „Истина је једна од основних људских вредности. Појам истине обухвата у ствари два различита вредносна атрибута: *истински* и *истинит*. Први имају у виду етичари, естетичари, политичари, правници, итд. кад говоре о истински моралном, уметничком, прогресивном или праведном људском делу. Ту је реч о истини као начину *људског бивствовања*. Други имају у виду логичари и епистемолози кад говоре о истинитом исказу или суду. Овде је реч о истини као *знању*“ (Марковић, 1994: 141-142).

2.1.1. Логички закони мишљења у тумачењу права

Логичко тумачење се врши помоћу основних закона, односно принципа или аксиома мишљења. Њих има три, односно четири, зависно од аутора до аутора. То су: закон истоветности или идентитета, закон (не) противуречности, закон искључења трећег и закон довољног разлога. Закон истоветности, односно идентитета (*principium identitatis*) значи да је сваки појам идентичан са собом или да је свака ствар равна себи.⁷ „Узима се да су истоветни појмови они који су истог обима и истог садржаја и да један значи понављање другог“ (Vukadinović, 2007: 182). „У законодавству, исти појам остаје у свим законским судовима (уопште у т.зв. *нормативним* судовима) *истоветан* са самим собом“ (Живановић, 1959: 766). У правним наукама, овај принцип се јавља као научни правни принцип идентитета, што је посебно значајно јер се у науци често за исти појам употребљавају различите речи. Што се правне догматике, односно тумачења права тиче, релевантан је реални идентитет о коме се може говорити „само у погледу *конкретног* правног (и моралног) света, нпр. уколико су у питању конкретна извршења кривичних дела, нпр. крађе или ког моралног деликта“ (Живановић, 1959, 766).

Закон противуречности (*Principium contradictionis*) је само негативно формулисање принципа идентитета, по формули A није – не A . На њему се, дакле заснивају негативни судови.⁸ Логички значај противуречности је од огромног значаја за право уопште⁹, а посебно за тумачење права. Могуће је да поједина правна норма садржи противуречне појмове, односно појмове који се међусобно ограничавају или искључују, што ту норму чини бесмисленом. Ова тзв. унутрашња противуречност, која се јавља „унутар норми истог акта или само унутар једне норме“ (Vukadinović, 2007: 182) ретко се јавља, а решава се тако што се узима да противуречна норма и не постоји, што значи да постоји правна празнина. Чешћа је тзв. спољна

7 Из овог одређења се види да се закон идентитета може одредити као логички принцип и као онтолошки принцип: „У логичком смислу, закон идентитета се схвата као закон мишљења који се односи на *замисљене* објекте. У онтолошком пак смислу, закон идентитета се схвата као закон мишљења који се односи на *стварне* објекте“ (Поповић, 2002: 115).

8 „Закон протувуречности се односи како на појмове, тако и на судове. Ако се став: A није по A односи на појмове, став: A не може бити и не бити b односи се на судове (A је b , A није b)...Тако, на пример, судови: ова пресуда је законита (A је b) и (та иста) пресуда је незаконита (A није b), не могу бити у исто време истинити“ (Поповић, 2002: 118).

9 Од могућих противуречности у правној науци и у општој теорији права треба истаћи посебно правне конструкције и тзв. фикције. Фикције, као посебну врсту противуречности са стварношћу, треба избегавати како у законодавству и уопште правно-стваралачкој функцији, тако и у правним наукама.

противуречност између норми два или више правних аката, која се решава укидањем одговарајуће правне норме на основу правне снаге и временског редоследа у доношењу противуречних норми.

Закон искључења трећег (*principium exclusi tertii sive medii*) говори нам да између два појма који се искључују нема трећег појма. Овај закон је допуна закона противуречности. Наиме, према закону противуречности, тврди се да је од два контрадикторна суда један лажан. „А према закону искључења трећег, тврди се да је онај други суд истинит (јер је трећи искључен). Овакав закључак се изводи пошто се афирмација и негација искључују, а не постоји нешто треће између њих” (Поповић, 2002: 119) „Из става искључења трећег излази, да је *негација негације* (scil. двострука негација) *афирмација* (*duplex negatio affirmat*)” (Живановић, 1959: 764). Закон искључења трећег важи у тумачењу права. Тако, нпр. „право на закључење брака између два лица супротног пола, дакле ако два лица супротног пола закључују брак, правни акт може бити само законит или незаконит” (Vukadinović, 2007: 183).

Претходна три закона мишљења представљају негативне формалне критеријуме истине. Тек закон довољног разлога (*principium rationi sufficientis*) даје позитиван формални критеријум истине. „Један логички суд да би био истинит не само да не сме бити противуречан (негативни критеријум), већ мора бити *образложен* (позитивни критеријум)” (Поповић 2002: 120). Само образложен суд је важећи суд. „Он ће, пак, бити образложен, ако је постављен као последица *одговарајућег му разлога*, тј разлога *довољног*, да оправда његову *истинитост*” (Живановић, 1959: 764). Логички однос разлога и последице треба разликовати од односа узрока и последице, односно каузалног суда у коме се тврди да субјект производи појаву исказану у предикату. Принцип довољног разлог веома је значајан за тумачење права, посебно као прилог циљном тумачењу. Наиме, „тумачење је изналажење смисла или, како се прецизније каже, разлога закона. Принцип *разлога* је принцип тумачења закона, а то није ништа друго до логички принцип *довољног разлога*” (Живановић, 1959: 767).

3. Аргументација у тумачењу права

Логичко тумачење, у ширем смислу, обухвата примену посебних квазилогичких начела, која немају логичку строгост правне логике, али су обично општеприхваћена. Она се најчешће користе у случајевима постојања правних празнина. Ту се убрајају начело аналогije, односно аргумент сличности (*a simili ad simile*), аргумент, односно разлог супротности (*ar-*

gumentum a contrario), и аргумент тим пре (argumentum a fortiori), чије су две подврсте закључивање од мањег ка већем (argumentum a minori ad maius) и закључивање од већег ка мањем (argumentum a maiori ad minus). Ова четворочлана листа аргумената не може се ни поредити са савременим листама које броје и преко педесет аргументативних топоса. Објашњење овог дисбаланса захтева шире објашњење.

Шездесетих година 20. века, упоредо са доминантном језичко-аналитичком теоријом, јављају се многобројна истраживања логике у праву и правне аргументације. У најзначајнија имена овог правца убрајају се, несумњиво, Хајм Перелман, који излаже своју „концепцију правне логике као нове реторике“ (Hasanbegović, 1988: 11)¹⁰ и Теодор Фивег, који сматра да „је модус мишљења исти код правника и ретора“ и да се „интерпретативно мишљење мора кретати у стилу топике“ (Fivieg, 1987: 73, 103).

Приступ аргументацији уопште, и посебно у праву, претпоставља суочавање са низом „претходних“ питања, као што су оно о појму реторике, појму саме аргументације и аргумената, односу са реториком, односу реторике и формалне логике, појму извора аргумената, односно топоса итд.

Реторика, као дисциплина о „практичном деловању“ уверавања говором, посебно у сфери политике и филозофије, потиче још из античке Грчке, од софиста¹¹ и Аристотела. Она се састоји од вештине аргументације, односно умећа мишљења и вештине говорништва, односно, умећа изражавања. „Реторика је, према томе, умна дјелатност уколико се у њој методички образлажу одговори на неке проблеме, а уједно и естетичка дјелатност уколико је ораторика“ (Visković, 2004: 11).¹² Дакле, аргументација (образлагање) је део шире реторичке делатности. Аргументација је „средство утјецања на људско мишљење и понашање на тај начин да се дају „најбољи“ одговори на питања што се постављају у спорним ситуацијама. Она је увек одговор на неки проблем - због чега се каже да је проблемско мишљење“ (Visković, 2004: 8).

Теорија аргументације је повезана са старом, такође у античкој Грчкој насталој, методом дијалектике, као расправе о неком спорном предмету у облику дијалогског низа питања и одговора pro и contra. Аристотел није

10 И даље: „Правна логика је овде схваћена као судијска реторика, тј. као теорија средстава убеђивања у судској расправи усмереној на избор премиса за закључивање, које судију воде одлуци, или помоћу којих он одлуку оправдава“.

11 „Али, ако се порекло логике налази у реторичкој настави софиста, онда је научна логика првобитно пре свега адвокатска логика; јер реторика је вештина доказивања и побијања у дијалогу, пре свега у говору на суду“ (Radbruch, 1980: 146).

12 Ораторство и елоквенција су елементи говорничке вештине.

само творац логике, већ и творац дијалектике. Међутим, „модерна или формална логика посветила је сву пажњу његовом учењу о аналитичким доказима, остављајући потпуно по страни учење о дијалектичким доказима” (Bošković, 1983: XII). Док формалнологички силогизам¹³ изводи нужан закључак из истинитих премиса, дијалектичким силогизмом се изводи закључак из премиса које су само вероватне. „Дијалектички је онај силогизам који закључује на основу вероватних премиса...Вероватна су мишљења она која су примљена од свих људи, или од већине, или од мудраца, а између ових или од свих, или од већине, или од најпознатијих и најславнијих”. (Aristotel, 1970: 371-372)

Међутим, општи однос реторике и формалне логике на може се заснивати само на основу образлагања различитости њихових силогизама. Неспорно је да се и у реторичкој аргументацији употребљавају правила формалне логике, пре свега, начело непротивуречности, формалнологичка правила дефинисања и класификације појмова, дедуктивно и индуктивно закључивање. „Реторичко закључивање примјењује принудна логичка правила о форми судова и закључивања, али оно је увијек и мишљење вођено вриједносним ставовима и одлукама” (Visković, 2004: 21-22). Због тога и Фивег примећује да је „логика, као и свугде, и на нашем подручју, наравно, сасвим неопходна...но у одлучујућем јој тренутку увек изнова припада друго место. Прво место тада има *ars inveniendi*, онако како је Цицерон мислио кад је рекао да топка претходи логици.” (Fiveg, 1987: 107)

Најзад, шта је топика и шта су топоси? Топоси су непосредно везани за аргументе, односно судове којим говорник утемељује оправданост свог става и побија оправданост другачијих ставова у спорном питању. Један од најважнијих задатака теорије аргументације јесте проналажење „типичних извора или темеља из којих се добивају аргументи - оно што се још од Аристотела назива топоси или мјеста аргументације (грч. *τοποι*, лат. *loci, sedes argumentorum*)” (Visković, 2004: 52).¹⁴ Разлика између

13 „Једноставан посредан закључак или силогизам је посредан дедуктиван закључак из тачно двије премисе” (Petrović, 1979: 79). Лукић сматра да је без правног силогизма немогућа примена опште правне норме. Наиме, правни силогизам је закључак да се на конкретан случај који је предвиђен у претпоставци, било диспозиције, било санкције односне опште норме ова има применити. „У овом закључку виши суд (*praemissa maior*) је сама норма, нижи суд (*praemissa minor*) је суд о постојању чињеница предвиђених у норми, а закључак је да се норма има применити на односан случај” (Лукић, 1995: 241). Силогизам, као основно средство формалне или аналитичке логике „сам по себи... не може да разјасни и одговори на питање да ли је судија добро протумачио значење појединих израза у премисама” (Васић, Чавошки, 1996: 201).

14 „Топоси су за Аристотела вишестрано употребљиве, свуда прихватљиве тачке гледишта које се могу употребити и За и Против онога што је мњењу сходно и које

топоса и аргумената је у степену њихове апстрактности и устаљености. Топоси се карактеришу високом апстрактношћу и изражајној сажетости. Топоси су „већ познати увиди и принципи који би могли бити релевантни за рјешавање неког актуелног проблема. Топички аргумент је аргумент „из ладнице“, аргумент који има већ своје „мјесто“” (Zippelius, 1987: 403). У силогистичком закључивању „велика премиса у аргументовању може се изједначити са оним што се у топици и реторици назива местом, топосом у ширем смислу. Основно што је карактерише јесте општост и вероватност односа који изражава” (Hasanbegović, 1988: 54). Топика је део реторике која се бави теоријским објашњењем топоса и њиховим пописивањем, као и проналажењем нових топоса и аргумената. По Перелману се „значај посебних правних топоса, тј. правне топике састоји у томе што они пружају разлоге који омогућавају да се одбаце неправична и неразумна решења у оној мери у којој та решења занемарују разматрања до којих се може доћи овим топосима и која се уклапају у неку обухватну визију права као *ars aequi et boni*“ (Hasanbegović, 1996: 371)“. Посебно је значајно запажање да „Перелман покушава да заснује једну теорију практичне аргументације, али не са намером да њоме замени формалну логику него да је допуни“ (Tadić, 1996: 141). Формализован, аксиоматски систем карактеристичан је по строгости своје структуре, и логичар или математичар понаша се у погледу њега „као законодавац, који је...ограничен у избору својих средстава обавезом да изгради један једнозначан и строг систем, чији саставни елементи и радње не могу да изазови ни расправу ни неслагање“ (Perelman, 1983: 17-18). Међутим, логика судског расуђивања није само аналитичка, већ и дијалектичка. „С обзиром да оно треба да обезбеди добро функционисање политичких и друштвених институција...сврха права није само правна сигурност која садржи предвидљивост права и обавеза сваког појединца, није само правда схваћена као једнак поступак у ситуацијама суштински сличним, него и правично деловање, пошто се правичност сада схвата као подударност са тежњама средине“ (Perelman, 1983: 119-120). Активна улога судије показује се нарочито у случајевима постојања антиномија и празнина у праву. Судија је и тада обавезан да суди и образложи своју одлуку. „Правна логика мораће да да судији интелектуално оруђе за образложење његове одлуке, кад је формална логика неспособна да му помогне“ (Perelman, 1983: 129).

Најзначајнији савремени обновитељ топичке мисли, Фивег у својој прегнантној расправи од стотинак страна, „Топика и јуриспрденција“, даје неколико комплементарних одређења топике и топоса. „Топика је техника проблемског мишљења коју је развила реторика...и која се, до у

могу водити ка ономе што је истинито” (Fiveg, 1987: 30).

појединости, једнозначно разликује од неког дедуктивно-систематског склопа“ (Fiveg, 1987: 18). Фивег разликује формалну и садржинску топику, али ту дистинкцију на изводи сасвим јасно. О садржинској топици увек говори у вези са правом, односно са употребом правних, дакле, посебних топоса.¹⁵ Најважнија тачка топице је у томе што се она оријентише на проблем под којим аутор подразумева „свако питање које по свој прилици допушта више од једног одговора“ (Fiveg, 1987: 41). Фивег, даље, топику одређује као „прологичку медитацију“ која тек мора да покаже како се налазе премисе различиту од логичке рефлексije, односно логичке обраде прикупљене мисаоне грађе. Посебно је интересантно ауторово схватање топице као стила мишљења, који дакле не доспева до метода „ако се методом назива само онај поступак који се може испитати строго логички...који ствара једнозначан контекст образлагања, дакле дедуктиван систем“ (Fiveg, 1987: 91). Топосе, полазећи од њихове функције, Фивег схвата као „могућности оријентисања и нити-водиље“ проблемског мишљења. Зависно од карактера топоса, односно од тога да ли се они узимају мање више произвољно, случајно и неексциплитно или у једном увек спремном репертоару гледишта односно топои-каталогу, Фивег разликује топику првог и другог степена. Иако се нерадо дира у оно што је једном утврђено, топоси и топоси-каталози захтевају покретљивост и способност проширивања и смањивања. Овде „топичко мишљење помаже само себи, и то у форми интерпретације. Код ове је онда реч да се докуче нове могућности споразумевања, а да се не наруше старе“ (Fiveg, 1987: 52). Утолико је „интерпретација (тумачење, егзегеза, херменеутика)...део топице и изванредно је погодна за поменуте модификације“ (Fiveg, 1987: 52).

Тако, од Аристотела до Перелмана настају различити покушаји класификације топоса. Карактер топоса у данашњој теорији имају и бројна вредносна начела, правни стандарди и изреке. Многи правни топоси нису само појмови правне праксе и правне науке, већ и садржај правних норми, што не води губљењу својства аргумената, већ само трансформацији од формално необавезних у формално обавезне аргументе.

Примера ради, само ћемо набројати аргументе тумачења права које даје Тарело. Ђовани Тарело, припадник италијанске „торинске“, односно аналитичке теорије права, своју усмереност на правну аргументацију испољава у својој листи топоса, односно „интерпретативних аргумената“ (Тарело, 1990: 240), како их он назива. Везаност за образлагање примене

15 „Тако нпр. имена закључака *argumentum a simili*, *e contrario*, *a maiore ad minus* итд., који оправдано важе као специјални аргументи правне логике, потичу из топице“ (Fiveg 1987: 50).

и тумачења, пре свега, општих норми при стварању конкретних норми, определило је наш избор Тарелове листе аргумената из богатог мноштва таквих, више или мање сличних, листи. Тарело је, при томе, усмерен на „схеме образлагања и аргументирања које се стварно примјењују и које су уистину предмет друштвеног очекивања у оквирима сваке правне културе и сваке правне организације” (Тарело, 1990: 240). Ево, дакле, пописа аргумената који се по аутору употребљавају“ као критерији... вредновања и усмјеравања одлука и приједлога о придавању значења нормативним текстовима: 1. Аргумент *a contrario* 2. Аргумент *a simili ad simile* 3. Аргумент *a fortiori* 4. Аргумент потпуности правног регулирања 5. Аргумент кохерентности правног регулирања 6. Психолошки аргумент 7. Хисторијски аргумент 8. Апагогички аргумент 9. Телеолошки аргумент 10. Аргумент економије 11. Ауторитативни аргумент 12. Систематски аргумент 13. Натуралистички аргумент 14. Аргумент правичности 15. Аргумент који полази од опћих принципа” (Тарело, 1990: 242).

4. Закључак

Опсег логике у тумачењу права разматрали смо у спору (или спрези?) традиционалне формалне логике и нове, аргументативне теорије интерпретације. Из домена оне прве, најзначајнији су и, чини се, неспорни логички закони правног мишљења и силогистичко закључивање као посредно правно закључивање. Уколико би у поље Логике примили и Методологију права, створили би место и за низ „посебних метода сазнања: анализе-синезе, генерализације-апстракције, индукције и дедукције, дефиниције и класификације, доказивања и оповргавања“ (Šešić, 1962: 319). Ови се методи на неки начин подразумевају у сваком, било теоријском, било практичном бављењу права, па и у правном тумачењу.

Најзначајније жариште критике топичког приступа праву долази из немачке правне литературе и заснива се на опозицији топичког и систематског мишљења, пледирајући за значај овог другог. Управо, у нововековној, континенталноевропској мисли, топика бива потиснута систематским аксиоматско-дедуктивним приступом. „Модерна наука се определила за истинитије а сиромашније судове, жртвујући мање истините али богатије“ (Tadić, 1996: 143). Поставља се, логично, питање које су могућности и значај обнове топике у правном расуђивању и посебно тумачењу права. И сами обновитељи топичке мисли били су свесни њеног супротстављања систематском приступу праву. Међутим, видљиво је код њих и уважавање тог приступа или, барем, самеравање са њим. То је уочљиво у „Перелмановом ставу да топоси имају у аргументацији улогу

која је аналогна улози аксиома у неком формалном систему“ (Hasanbegović, 1996: 372). Фивегова разматрања стално конвергирају односу топике и система у праву, с образложењем да „ако једном постоје тополи-каталози...за одређена специјална подручја, онда они за епоху која систематски мисли пружају довољан подстицај да их преобликује у дедуктиван систем“ (Fiveg, 1987: 54). Међутим, јуриспруденција која „у непрегледном мноштву ситуација увек тражи оно што је свагда праведно...има много више интереса за несистематизовано мноштво тачака гледишта. На почетку...правног система топика се уопште не може одстранити, те...се она исто тако опет мора појавити код неизбежног прописа о тумачењу за правни калкил“ (Fiveg, 1987: 127,101).

Са становишта систематског мишљења, топика се или потпуно ниподаштава или јој се признаје ограничено подрује примене на случајеве у којима судија, у немогућности да примени постојећа правила, посеже за властитим праведним или правичним нахођењем. Има, међутим и схватања по којима „су „систем“ и „топика“...врло далеко од тога да суштински буду супротстављени као што се сада узима као готова чињеница“ (Stoljar, 1987: 411). Топоси се схватају као потпора систему посебно кад се ради о примени обичаја у Case-law. Ова правничка техника иде од појединачног ка општем и просто захтева проблемско, топичко расуђивање. Другачија је ствар у европско-континенталном, законодавном праву које иде дедуктивним путем, од општег ка посебном изводећи појединачни случај из опште законске норме. Оно тиме поседује већи систематски потенцијал, али за случај правних празнина и антиномија у закону, остаје корисно топичко мишљење.

Интересантно је схватање могућег савременог значење топике које развија Јасминка Хасанбеговић. Потенцијано подручје топике она налази у материји људских прва и то из два разлога. Први је непостојање хијерархије међу људским правима и тиме немогућности да се она поставе аксиоматско-систематски. Други разлог што људска права упућују на неопходност топичке обраде је генеза ових права из политичких и правних начела, при чему је тај процес „значио у извесном смислу „десистематизацију“. „Аксиоми“ правног система постајали су сама људска права“ (Hasanbegović, 1996: 479). Међутим, тај њихов „аксиоматски“, највиши ранг у правном систему, јер су она изнад устава и закона, није решио питање хијерархије међу њима и у том смислу остаје валидна теза да је у овој материји топичка обрада неопходна.

Као тему за даље промишљање завршићемо примерима глорификације аргументативног и топичког расуђивања у праву. Први нам даје Стољар:

„Без топичке технике право не би било ништа друго до каотични скуп мишљења: не бисмо имали ни правне појмове нити правне принципе или максиме” (Stoljar, 1987: 411). Други потиче од Зипелијуса: „Што више, могло би се рећи, опћенито гледано, да цјелокупни правни поредак има са становишта правника карактер топичког каталога” (Zippelius, 1987: 403). Најзад, Кауфман, са својих схватањем да херменеутика као налажење права значи „исправно аргументовање у отвореном систему”, те „одлучујући инструмент правног метода није супсумција, него реторика и аргумент” (Кауфман, 1998: 159). Он, чак, обема, и правној херменеутици и теорији аргументације, а исто важи и за правну топику и реторику, придаје далекосежан значај „трећег пута” с ону страну вечитог спора природно право - позитивизам, који је у савременој правној филозофији и теорији доспео у ћорскак.

Литература

- Aristotel. (1970). *Organon*. Beograd: Kultura
- Babić, D., Kramarić, Z. (1987). Uz temu broja; Suvremena filozofija prava. *Pravni vjesnik*. 3 (3-4) 317-320
- Basta, N. D. (1990). Hermeneutika i pravo, Razmatranje o pravnoj hermeneutici i hermeneutičkoj jurisprudenciji. *Gledišta* 3-4/1990. 88-101
- Beti, E. (1988). *Hermeneutika kao opšta metoda društvenih nauka*. Novi Sad: Književna zajednica Novog Sada
- Воšković, D. (1983). *Obnova praktične filozofije u Perelmanovoj novoj retorici*. Uvod u Perelman: Pravo moral i filozofija
- Васић, Р., Чавошки, К. (1996). *Увод у право II*. Београд: Драганић
- Visković, N. (1988 A). Tumačenje u pravu. *Pravni život*. 7-8/88, 999-1016
- Visković, N. (1988 B). *Norberto Bobbio* kao teoretičar prava. Uvod u Norberto Bobbio, Eсеji iz teorije prava. Split: Logos
- Visković, N. (1989). *Jezik prava*. Zagreb: ITRO „Naprijed“
- Visković, N. (2004). *Argumentacija i pravo*. Beograd: Dosije
- Врачар, С. (2000). *Преиспитивање правне методологије, Наговештају државно-правног интегрализма*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду
- Vukadinović, G. (2007). *Teorija države i prava II*. Novi Sad: Futura publikacija
- Diltaj, V. (1980). *Zasnivanje duhovnih nauka*. Beograd: Prosveta
- Gadamer, H. G. (1978). *Istina i metoda, Osnovi filozofske hermeneutike*. Sarajevo: IP „Veselin Masleša“

- Живановић, Т. (1959). *Систем синтетичке правне филозофије*. 1. Синтетичка филозофија права 2. Синтетичка филозофија правних наука. Београд: Научно дело
- Кауфман, А. (1998). *Право и разумевање права. Основни проблеми херменеутичке филозофије права*. Београд-Ваљево: Гутенбергова галаксија, Ваљевска штампарија
- Лукић, Д. Р. (1992). *Систем филозофије права*. I Филозофија II Филозофија права. Београд: Савремена администрација
- Лукић, Д. Р. (1995). *Методологија права*. Београд: Београдски издавачки графички завод
- Лукић, Р. Д., Кошутић, Б. П. (2008). *Увод у право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду
- Марковић, М. (1994). *Филозофски основи науке*. Београд: БИГЗ, ГЕНЕС-С ШТАМПА, ПРОСВЕТА, СКЗ
- Matulović, M. (1986). *Jezik, pravo i moral*. Rijeka: Izdavački centar Rijeka
- Opalek, K. (1987). *Filozofija jezika i jurisprudencija*. Prevedeno prema Kazimierz Opalek. *Sprachphilosophie Jurisprudenz. Rechtstheorie (Beiheft 1)*. 1979. 156-163 (Preveo Dragan Cepelić). *Pravni vjesnik*. 3 (3-4)/1987. 353-356
- Perelman, H. (1983). *Pravo moral i filozofija*. Beograd: Nolit
- Petrović, G. (1979). *Logika*. Zagreb: Školska knjiga
- Петронијевић, Б. (1990). *Основи логике. Формална логика и општа методологија*. Београд: КУИЗ Белетра
- Поповић, М. (2002). *Општа теорија права. Књига I: Увод у теорију права (Онтогносеологичке претпоставке)*. Нови Сад: Универзитет у Новом Саду. Правни факултет
- Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. Beograd: Nolit
- Stoljar, S. (1987). *Sistem i topos*. Prevedeno prema Samuel Stoljar. *System and Topoi. Rechtstheorie*. 12 (1981). 385-393 (Preveo Dragan Babić). *Pravni vjesnik*. 3 (3-4)/1987. 411-414
- Struck, G. (1987). *Katalog toposa*. Prevedeno prema Gerhard Struck, *Topische Jurisprudenz*. Frankfurt am Main. 1971. 20-34 (Preveo Antun Jeger). *Pravni vjesnik*. 3(3-4)/1987. 405-410
- Tadić, Lj. (1996). *Filozofija prava*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva
- Тарело, Ђ. (1990). Аргументација тумачења и схеме образлагања у придавању значења нормативним текстовима, *Зборник за теорију права IV/1990*. 239-279

Fiveg, T. (1987). *Topika i jurisprudencija. Prilog funadamentalnom istraživanju pravnih nauka*. Beograd: Nolit

Hasanbegović, J. (1988). *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*. Beograd: Istraživačko Izdavački Centar SSO Srbije

Hasanbegović, J. (1996). *Topika i pravo. Značaj obnove misli o topici za određenje prirode i osobnosti pravnog rasuđivanja*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu

Zippelius, R. (1987). Topičko mišljenje. Prevedeno prema Reinhold Zippelius. *Das Wesen des Recht*. 3 izdanje. München 1973. str. 172-176 (Preveo Dragan Babić). *Pravni vjesnik* 3(3-4) 1987. 403-404

Šešić, B. (1962). *Logika i naučna metodologija*. Beograd: Naučna knjiga

Шијак, З. (2001). *Лексикони. Књижевност*. Пожега: Епоха

Suzana Medar, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Latitude of Logic in Legal Hermeneutics

Summary

Legal hermeneutics (the interpretation of law) has always taken a highly significant place in general hermeneutics. The interpretation of laws involves an intricate task of determining the real meaning or rationale of legal norms. Considering the complexity of this goal, the most frequent classification of legal hermeneutics is based on the interpretation instruments. In traditional theory, the most widely recognized instruments for the interpretation of legal norms are language, logic, legal system, history and purpose of a legal norm.

Under the influence of general analytic philosophy, the particular interest in language as the basic instrument for the interpretation of law may be found in mid-20th century. The interest in the language of law is closely related to the study of legal logic and legal argumentation. In theory, there is no dispute about the logical interpretation in a narrow sense which is based on drawing true conclusions by applying the basic rule of formal reasoning. Yet, it has given a head start to argumentation as “a problem-based reasoning skill” which provides answers to the questions raised in contentious cases. Argumentation is closely associated with the dialectic method of reasoning (which has been widely recognized since the Ancient Greece), where conclusions are based on probable premises. One of

the most significant goals of the argumentation theory is to locate the sources or common grounds for developing arguments; these basic argumentative patterns are generally known as “*topoi*” or “*loci, sedes argumentorum*”.

On the other hand, “*topica*” is part of rhetoric art dealing with the theoretical explanation of the basic argumentative patterns (*topoi*) and how they are structured, including the location of new *topoi* and arguments. The most significant proponents of the topical reasoning are Chaïm Perelman and Theodor Viehweg. Perelman relates topical reasoning to judicial reasoning and considers that specific legal *topoi* may lead to the perception of law as *ars aequi et boni*. According to Viehweg, “*topica*” is a technique of problem-based reasoning which is fully different from the deductive-systematic reasoning. Interpretation or construing meaning is part of “*topica*” which enables flexibility of practical argumentation by expanding and reducing the catalogue of “*topoi*”. In legal hermeneutics, the new quality of argumentation and topical reasoning stems from the fact that the classical methods of interpretation are substituted by a far more extensive number of arguments (Giovanni Tarello recognizes 15 legal *topoi* and Gerhard Struck as many as 64 legal *topoi*). It ultimately points out to the creative role of the interpreter’s rhetoric research and decision-making processes.

Key words: hermeneutics, interpretation of law, language of law, formal logic, rhetoric, argumentation, dialectic logic, *topica* (topical reasoning).

Др Марија Игњатовић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.9(37)

Рад примљен: 07.03.2014.

Рад прихваћен: 01.04.2014.

ЕВОЛУТИВНИ РАЗВОЈ ГРАЂАНСКОГ СУДСКОГ ПОСТУПКА У РИМСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: Аутор је, полазећи од анализе легисакционог поступка, који се први развио у оквиру римске цивилне процедуре, па све до последњег екстраординарног поступка, констатовао да је последњи поступак у пружању правне заштите одиграо круцијалну улогу у настанку и дефинисању савременог грађанског судског поступка. Посебна пажња је посвећена појмовном одређивању сва три појавна облика римске цивилне процедуре и њихових основних карактеристика. На основу свеукупне анализе, аутор је дошао до закључка да је од значаја за савремено право последња фаза у развоју римског грађанског судског поступка, па је из тог разлога, овом поступку и посвећена посебна пажња у самом раду. Посебан предмет анализе су и процесуална средства која су коришћена у циљу остваривања правне заштите на суду. На тај начин, аутор је још једном указао на чињеницу да су корени и основна процесуална средства, којима се остварује судска заштита субјективних права, своје дубоке корене имали још у римском праву.

Кључне речи: римски грађански судски поступак, легисакциони, формуларни, екстраординарни, процесуална правна средства.

1. Увод

Судски поступак у римском праву је посебно значајан, јер се римско право током свог постојања развијало кроз правну праксу и судски поступак (Мојовић, 2008:11). За римско право је посебан значај имао судски поступак и римско схватање о тужби (*actio*), која је централни појам римског права и поступка. У римском праву није, као у савременом праву, постојала подела

* marija@prafak.ni.ac.rs

** Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

на материјално и процесно право, те су институти ових савремених грана права били испреплетани. Извори римског права показују да се постојање неког права и његова заштита заснивала на томе да ли у правним нормама постоји предвиђено правно средство којим се омогућава и обезбеђује заштита одређеног правом признатог интереса. *Actio* је, по схватању римских правника, било право да се од суда захтева оно што тужиоцу припада у конкретном случају по правним правилима.

Римски грађански поступак, на почетку свог настанка, карактеришу одређене особине заједничке свим народима на истом степену културног развоја. Суђење је веома дуго задржало приватни, недржавни карактер.

Првобитну заштиту својих права појединац је морао сам да обезбеди, путем самозаштите, што је у највећем броју случајева доводило до низа приватних ратова (Станковић, 1996:9). Настојећи да спречи приватне ратове, који су се водили за остварење права појединаца, и обезбеди унутрашњи мир, држава је предузимала мере за формирање организоване правне заштите.

Римска држава је релативно касно почела да забрањује самопомоћ ради остваривања права. Тај вид заштите права нарушавао је углед и ауторитет државе и организована правна заштита је започела увођењем посебних органа за решавање спорова међу појединцима. Ти органи су најпре били лица у која су стране у спору имале поверење и бирале га да им реши спор. Пошто се то лице упознало са спором у питању, оно је изрицало одлуку о томе како спор треба да буде решен. Пошто су стране у спору одбијале да спроведу одлуку или је изабрано лице одбијало да реши спор, држава је отпочела да преузима на себе, да уређује правила поступка за пружање правне заштите. Она су се, у почетку, састојала у одређеним формалностима, да би временом држава потпуно преузела пружање правне заштите у своје руке тако што је одређивала огране који је пружају и уређивала правила поступања. И поред тога што је држава почела да врши судску власт, она је и даље толерисала могућност да спор буде решен на основу неформалног споразума страна у спору (*compromisum*) и без учешћа државе. Стране у спору су стипулирале да им неки појединац реши спор и уговорале казну за случај да се добровољно не изврши одлука коју би он донео. Потом су стране у спору, са изабраним појединцем, закључивале посебан споразум (*pactum*) који се звао *receptum arbitri* којим се изабрани појединац обавезивао да ће решити спор у питању.

2. Легисакциони поступак

У развоју римског грађанског поступка уочавају се три појавна облика: легисакциони, формуларни и екстраординарни поступак.

Легисакциони поступак, (Игњатовић, 2003:275-285) који је био карактеристичан за период настанка Рима, одликовао је строги формализам, дужност органа да се држе прописане форме, самопомоћ, арбитража, подела поступка на два дела: *in iure* и *apud iudicem*, усменост и једноставност у суђењу, непостојање правних лекова и персоналана егзекуција.

Први део поступка је био *in iure* и он се водио пред претором који је имао задатак и овлашћење да организује суђење и решавање спора. Његов задатак је био да допусти или да одбије решавање спора и да допусти да спор реши изабрани судија.

У другој фази поступка - *apud iudicem*, појединац који је био судија, као приватно лице, решавао је спор. Пред њим су се изводили докази и он је одлучивао.

У легисакционом поступку тужилац је имао иницијативу од почетка до краја поступка, јер су његови интереси били повређени.

Суђење је почињало тек ако су обе странке биле присутне јер је у поступку важио принцип *audiatur et altera pars* – нека се чује и друга страна.

Позивање странака на суд (*in ius vocatio*) било је различито организовано у сваком облику римске цивилне процедуре. Пошто је улога државе у првом периоду била минимална, то је и њена активност у погледу позивања странака да дођу пред суд била недовољно изражена. Тужилац је био дужан да сâм лично позове туженог пред суд, тако да је он имао улогу органа позивања. Позивање је имало усмену форму. Обично се то чинило тако што је тужилац долазио пред кућу туженог и, уз гласно изговарање свечаних речи, тако да га чују комшије, позивао је туженог да дође на суд. На овај начин, остваривао се принцип јавности, а с друге стране, тужилац је имао сведоке, као доказ, да је лично позвао туженог. „Онај ко хоће са другим да се парнички, мора да га позове на суд, а ако овај не дође, подлеже казни из преторовог едикта“ (Станојевић, 1982:319). У случају да тужени одбије да дође на суд, пошто се ово одбијање констатује у присуству сведока, тужени је губио парницу (*indefensus*). Исте последице су погађале одсутно лице у легисакционом поступку (Маленица, 1999:354). Ако тужилац није био у могућности да пронађе туженог и да га позове пред суд, поступак се уопште није могао покренути. У том случају, тужилац је имао право да захтева обезбеђење свог потраживања предајом имовине несолвентног дужника. Старим и болесним особама тужилац је морао да обезбеди кола

за превоз (Станојевић, 2001:164). У случају да није био спреман да то одмах учини, морао је да одреди једно лице (*vindex*), као јемца, који би гарантовао за туженог да ће се одређеног дана појавити пред магистратом.

По пријему позива за суђење, тужени је био дужан да одмах приступи надлежном органу.

По правилу, поступак је вођен и окончаван истог дана. То показује да је правна заштита пружана у складу са принципом хитности и да није било одуговлачења у суђењу. У случају да се поступак није могао окончати истог дана, тужени, за кога суд није био сигуран да ће се поново појавити, био је дужан да положи кауцију (*vadimonium*). Полагањем кауције тужени је гарантовао да ће се одређеног дана појавити на расправу пред судом. Уколико тужени не би положио кауцију, тужилац је имао право да га држи у кућном притвору до дана када се настављао поступак да би обезбедио његово присуство на суђењу (Благојевић, 1960:12).

Странке су биле дужне да саме предлажу доказе о ономе што су тврдили и саме су изводиле све доказе које су сматрале релевантим. Оне су лично испитивале сведоке у погледу околности које су биле спорне и у погледу којих се нису слагале. Ако би тужилац успео у поступку, он је сам или уз помоћ рођака морао да се стара да се судска пресуда изврши. Самопомоћ је била битно обележје поступка извршења судских одлука, јер римска држава није располагала инструментима принуде којима би могла да принудним путем спроведе судску одлуку.

Најстарији римски грађански судски поступак, познат као легисакциони поступак, добио је назив по легисацијама, које су биле строге и формалистичке тужбе засноване на закону. Оне су биле карактеристичне за старо право. Легисакције су могле да буду декларативне, уколико су имале за циљ утврђивање да ли неко право постоји или не, и егзекуторне, уколико су имале за циљ извршење неког права чије постојање је било утврђено у некој одлуци. Постојало је неколико врста легисација: *legisactio sacramento*, *legisactio per iudicis postulationem*, *legisactio per condictionem*, *legisactio per manus iniunctionem*, *legisactio per pignoris capionem* и поступак *per sponsionem*.

Legisactio sacramento био је поступак који је постојао још пре доношења Закона XII таблица. Добио је име по опклади од 50 или 500 аса, које су обе странке полагале приликом литисконтестације. Победник у поступку добијао је свој новац назад док је остале паре задржавала држава као неку врсту таксе. Поступак је имао две варијанте: *legisactio sacramento in personam* о коме нема много података, и *legisactio sacramento in rem* где су странке доносиле пред магистрата спорни предмет и свака је понаособ тврдила да је њој припадала та ствар (*vindicatio* и *contravindicatio*).

Legisactio per iudicis postulationem био је поступак који се примењивао за заштиту обавеза проистеклих из стипулације, и других вербалних контраката као и за вођење радних спорова. Поступак је много био једноставнији од претходног, јер је судија био именован одмах по захтеву тужиоца.

Legisactio per condictionem био је поступак који се водио поводом спорних потраживања која су се односила на одређену суму новца или на одређене ствари. Поступак је био сличан претходно наведеним поступцима а судија се именоввао по истеку рока од 30 дана.

Legisactio per manus iniectioem био је најстарији институт римског извршног поступка, описан још у Закону XII таблица. Служио је као средство за извршење пресуде и наплату новчаних потраживања и то извршењем на самој личности дужника. Представљао је, значи, вид персоналне егзекуције. Персонална егзекуција, како смо то већ нагласили, поред самопомоћи, била је друга значајна карактеристика легисакционог поступка. У случају да дужник није могао да плати дуг, она је доводила до ропства и до смрти дужника. Пошто није било посебних правила извршне процедуре, поступак спровођења извршења био је сличан парничном и покретао се специфичном тужбом *legis actio per manus iniectioem*. Спроводио се на следећи начин: пошто би пресуда била донета и пошто је протекао рок од 30 дана и тужени – дужник није добровољно у том року испунио обавезу, тужилац – поверилац је лично приводио дужника пред магистрата. Тужилац је у присуству магистрата стављао руку на дужника и изговарао би свечану формулу:

„*Quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X mila, quancoc non soluisti, ob aem rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inition* – Будући да си осуђен (или кажњен) да ми платиш десет хиљада сестерција, а како ниси платио, стављам руку на тебе због досуђених десет хиљада сестерција“ (Благојевић, 1960:16).

На овакву тужбу тужени није имао право ништа да одговори ни да се брани. Магистрат је одмах допуштао тужиоцу да дужника одведе кући и да га стави у окове. Ако дуг не би био плаћен ни током тих 60 дана кућног притвора, поверилац је имао право да дужника прода као роба или да га убије.

Legisactio per pignoris capionem била је вансудска поцедура која је служила за намирење поверичевог потраживања. Поступак се састојао у томе што је црквени орган или јавни службеник узимао у залогу одређену ствар дужника све док овај не би платио дуг. Овај поступак је био примењиван у строго уским оквирима и служио је за извршење оних тражбина које су

имале сакрални или јавни карактер. Појединац се није могао служити овим поступком, осим у случајевима делегације од стране јавне власти. Дакле, поступак *legisactio per pignoris capionem* употребљаван је када су били у питању одређени спорови на основу обичаја, а у неким случајевима и на основу закона. Могућност заштите својих права, путем овог поступка, на основу обичаја имали су војници против лица која су им дуговала *aes militariae* (војну плату), *aes questare* (куповну цену за коња) и *aes hordearium* (накнаду за исхрану коња). Закон XII таблица је прописивао ово право и за продавца жртвених животиња, којима није била исплаћена цена; закупцима животиња за исплату закупнине коју су наменили храмовима као и порезницима за наплату пореских дуговања (Станојевић, 1982:256). Иако неки римски правници истичу да се овај поступак не може уврстити у легисакције, јер је реч о вансудском поступку, ипак преовладава мишљење да је овде реч о легисакцији, јер се предузимала путем свечаних речи и ритуала – одузимање ствари. Њен значај се не може оспорити. Она је, са једне стране, представљала доказ о почетку ширења реалне егзекуције јер се извршење није спроводило према личности дужника, већ према његовој имовини, док је, са друге стране, представљала ширење система извршног права (Игњатовић, 2004:300-315).

Поступак *per sponsionem* се јавио са циљем да се одстрани плаћање код стварноправних спорова. Тужилац који је желео да поднесе виндикациону тужбу, да би избегао плаћање по сакраменту, позивао је туженог на условну стипулацију. Тужени је прихватио ову стипулацију будући да је за њега она значила престанак опасности да изгуби *sacramentum*.

Легисакциони поступак је важио у Риму скоро више од пет векова. Међутим, његова строга формалност и тајанственост, сва ризичност вођења, скупоћа и компликованост, немогућност да на један времену и условима одговарајући начин пружи правну заштиту промењеним и повећаним привредним односима и развијеном друштвеном животу, учинила је да је легисакциони поступак временом постао „несавршен“, па је самим тим, постао и кочница даљег друштвеног и правног развоја. Велики формализам легисакционог поступка, у периоду када се крајем републике развио правни саобраћај и када је био уведен читав низ правних послова *bona fidei*, наметао је потребу предузимања одређених мера у циљу његовог ублажавања. Ова потреба се посебно осетила у области извршне процедуре, с обзиром на суровост персоналне егзекуције, као јединог облика извршења. Иако су неки кораци, у том смислу, предузети још у току важења легисакционог поступка, они нису дали посебне резултате. Многи недостаци легисакционог поступка још су били присутни.

3. Формуларни поступак

До радикалних реформи дошло је са доношењем *Lex Aebutia* и *leges Iuliae* између 150 и 17. пре н.е. Одредбама ових закона регулисан је био нови грађански судски поступак – формуларни. Међутим, увођење новог поступка није извршено одједном, већ постепено.

На скоро 100 година пре доношења *leges Iuliae* (Berger, 1991:553), којом је за званични поступак проглашен формуларни поступак, донет је био *Lex Aebutia* (Berger, 1991:547), који је говорио о допуштености употребе формуларног поступка. По мишљењу чувеног правника Жирара (Благојевић, 1960:25), вероватно да је у овом прелазном периоду странкама припадало право самосталног избора да ли ће у конкретном случају бити употребљен легисакциони или формуларни поступак. Управо донети закони у области извршне процедуре пружали су могућност странкама да користе неформалну тужбу (*actio iudicati*) која је била усмерена на извршење било путем персоналне или реалне егзекуције. Процену допуштености, дејства и последице нове неформалне тужбе вршили су државни органи. Што се тиче вршења самих принудних радњи у циљу извршења, оне су и даље припадале повериоцу, као и у легисакционом поступку. Међутим, оно што битно разликује извршење у формуларном поступку, било је то што поверилац више није могао да прода дужника или да га убије у циљу намирења свог потраживања. Уместо тога, он је могао да задржи дужника у свом кућном притвору, све док он својим радом не отплати дуг. Предмет извршења је била личност, али не њена слобода, већ рад те особе. Ово још увек није значило реалну егзекуцију у правом значењу, али је сасвим сигурно значило њен зачетак. Тек је касније, залагањем претора, било уведено извршење на имовини дужника.

Формуларни поступак био је редовни поступак на основу писаних формула. Поступак је и даље задржавао употребу самопомоћи и поделу поступка у две фазе: *in iure* и *apud iudicem*. Разлика у односу на претходни поступак огледала се у томе што су вербалне изјаве, овим поступком, биле замењен писаним изјавама. Формула (писана изјава) морала је да садржи одређене делове (*partes*): именоване судије био је први и најважнији део, затим тужиочев захтев (*intentio*) у коме је тужилац тврдио да има неко право или да му оптужени нешто дугује и последњи део формуле био је правни основ (*demonstratio*), тј. да би тужилац могао да добије парницу, он је морао да буде заснован на неком признатом правном основу. Формула је могла да садржи и додатке (*adiectioes*).

Praescriptio је било ограничење којим је странка штитила своја права која нису била спорна; *exscriptio* или приговор је било процесно средство за

заштиту туженог. У погледу извршења, и даље је постојала персонална егзекуција тј, извршење на личности дужника. Иако је и даље у себи садржао неке од елемената легисакционог поступка, формуларни поступак (као редовни поступак) је од свих начина решавања спорова највише утицао на опште особине и квалитете римског права.

Формуларни поступак, који је уведен у другом веку пре нове ере, коришћен је паралелно са легисакционим поступком и није се битно разликовао од њега.

Основне карактеристике формуларног поступка биле су: мањи формализам, слобода државних органа да састављају формуле у циљу пружања правне заштите, повећана писменост, самопомоћ, арбитража, подела поступка на два дела.

Формуларни поступак се одвијао у две фазе. Фаза *in iure* одвијала се пред претором који је отварао случај и дозвољавао да се покрене решавање спора, док се фаза *apud iudicem* одвијала пред судијом са циљем да се спор реши и донесе пресуда.

Суђење је било јавно. Публика је бучно пратила ток поступка. Поред оних који су били заинтересовани за решење спора или за парничаре, било је и наручене публике која се понашала навијачки.

Новине у формуларном поступку биле су у томе што је претор уводио нова правна средства, што је састављао писану формулу, што је престао физички начин довођења туженог пред суд, што је уведено новчано кажњавање због изостанка туженог, што се постепено јављало писано позивање на суђење.

Претор је проверавао да ли стране у спору могу да буду странке у поступку (да буду тужилац и тужени) и, постављањем питања, проверавао какав став има тужени у односу на спор тј. да ли се брани од тужбе или не или се уздржава од учешћа у поступку.

Уколико је тужени признао оно што је тужилац од њега тражио, поступак се обустављао и магистрат је констатовао признање које је имало дејство правноснажне судске одлуке. Кад се тужени није изјаснио да ће се бранити и уздржавао од изјашњења (није узвраћао заклетву или није полагао кауцију), поступак се није могао водити јер није било сагласности обе странке и поступак се окончавао. Да би се заштитили интереси тужиоца, римско право је предвиђало извршење по наређењу магистрата зависно од конкретних околности предајом ствари у државину, на имовини или алтернативно на личности или на имовини. Ако се тужени бранио, он се упуштао у парницу и поступак би се настављао пред судијом. Магистрат је састављао формулу која је представљала писано упутство о томе како треба решити спор.

Формула се састојала из неколико делова: 1) именовање судије (нпр. „Нека судија буде Тиције“) и означавање странака чији се спор решава; 2) опис спора у коме је изложено оно што тужилац жели; 3) правни основ за решавање спора; 4) налог судији да на одређени начин реши спор (да усвоји оно што тужилац тражи или да одбије његово тражење). Поред обавезних делова, формула је могла да садржи и неке необавезне делове.

Уколико се тужени бранио и истицао приговоре, претор је у формулу могао да укључи и ексцепције туженог (*exceptio*).

У другој фази поступка, пред судијом се спроводио доказни поступак да би се утврдила истинитост важних чињеница. Странке су изводиле доказе и као доказна средства коришћени су: сведоци, саслушање самих странака, признање, изјаве под заклетвом, исправе, увиђај, *corpora delikti*, изјаве које су дали робови под тортуром. Докази су извођени непосредно пред судијом, у његовом присуству. Странкама су могли да помажу оратори који су се бавили адвокатским послом. Судије су слободно цениле изведене доказе. Најјачи аргуенти су се заснивали на утврђеним чињеницама. Пошто је спровео поступак, судија је доносио одлуку.

У области извршног поступка, где је персонална егзекуција и даље била једини вид извршења, јавила се потреба за реформама. Ова потреба се осетила још у оквиру самог легисакционог поступка, где су чињени покушаји, нарочито у области извршног поступка, да се поправи положај дужника, тиме што би предмет персоналне егзекуције био рад дужника, а не његова личност. Тиме је било ускраћено право повериоцу да дужника убије или прода. Међутим, сви ови покушаји да се учине реформе и побољша положај дужника нису били довољни. Отуда се активношћу претора у периоду важења формуларног поступка уводи неформална тужба *actio iudicati*, која је била усмерена на извршење било путем персоналне или реалне егзекуције.

4. Екстраординарни поступак

Поред легисакционог и формуларног поступка, као редовне поступке, у римском праву је постојао и ванредни поступак (*cognitio extra ordinem*). Околности под којима се развио екстраординарни поступак (друштвене прилике, привредне кризе, утицај хришћанства, феудализација), утицале су на промене у дотадашњем начину суђења. Настао је нови судски апарат са промењеним поступком, и то најпре као факултативан, а од почетка доминантан као обавезан начин решавања спорова.

Ванредни поступак се примењивао на уређење спорова који нису могли да се решавају унутар редовних поступака. У трећем веку је опао значај формуларном поступку, па је тако овај ванредни поступак прерастао не само у редовни већ и у једини начин за решавање спорова. Као и сваки судски поступак и овај је био у потпуности последица државне организације у целини. Због тога се за овај поступак врло често користи и назив когнициони поступак (на основу утврђивања чињеница које је искључиво у рукама државних органа).

Овај поступак је донео многе новине које су постале темељ савременог грађанског судског поступка. То су били: јединствена организација судова, вишестепеност у суђењу, увођење жалбе као редовног правног лека итд. Све ове промене утицале су и на промену поступка у области извршног права. Извршење пресуде у овом поступку у многоме је слично данашњем извршењу. Као орган извршења јављао се искључиво чиновник, било да је то претор или неко друго лице. Када су били створени услови за спровођење извршења, принудне радње су предузимали државни органи, а не повериоци лично, како је то био случај у претходна два поступка. Извршење се по правилу, спроводило на имовини дужника, тзв. реална егзекуција (Игњатовић, 2004:306) (Станковић, 2001:9).

Екстраординарни поступак, који је уведен је у трећем веку нове ере, темељио се на потпуно различитим принципима у односу на претходна два поступка правне заштите.

Док су прва два поступка биле варијанте „приватног“ начина суђења, у којима је држава у највећем делу поступка остајала по страни (позивање на суд, доношење пресуде, извршење пресуде), дотле је, у екстраординарном поступку све било у рукама државе. Она је уређивала и прописивала и организациона и функционална процедурална правила. На то указују и следеће карактеристике овог поступка: поступак се више није делио на две фазе, па самим тим, није било места арбитражи; самопомоћ је била сведена на најмању могућу меру; уводи се метод легалних доказа који замењују постојећи метод слободне оцене; уводи се право на жалбу; дозвољено је било заступање странака за разлику од претходна два поступка где парничари нису могли бити заступани у поступку пред судом; уводе се правила о стварној и месној надлежности. Све то указује да се са увођењем екстраординарног поступка престало са традицијом „приватног“ суђења и да је држава преузела главну улогу у суђењу, почевши од позивања странака на суд па до доношења пресуде и њеног извршења (Станојевић, 2001:173).

За разлику од претходна два поступка, који су претежно „приватног“ карактера, екстраординарни поступак је био утемељен на сасвим другачијим принципима. Пошто је држава организовала поступак пружања правне заштите, то се одразило и на сам ток поступка, као и на позивање на суд.

Уместо раније дужности тужиоца да лично позове туженог на суд, сада тужилац, пошто најпре утврди ком надлежном суду треба да се обрати, подиже тужбу, обично у писаном облику. Тужилац је подносио своју тужбу суду тако што је предавао судском службенику или би је усмено диктирао на записник код суда и предлагао да суд достави тужбу туженом да би се он појавио пред судом.

Кад је тужба била подигнута, суд је позивао туженог (*litis denuntiatio*), пошто је држава организовала пружање правне заштите. Позивање је било тако организовано да је тужилац добијао од судског органа посебно овлашћење или је сам судски орган позивао туженог на суд. На тај начин, позивање на суд у римском грађанском поступку прелази у потпуности у руке државе, односно судске власти, чиме су постављени темељи савременог начина позивања на суд.

Ако се тужени не би одазвао на позив суда, доносила се пресуда и без његовог присуства с тим што није увек било пресуђено на штету изосталог туженог. Ако се тужилац не би појавио пред судом, губио је парницу с тим што је имао могућност да још једном покрене исту парницу. Уколико би тужени избегавао да дође пред суд, суд је одлучивао у његовој одсутности тако што је доносио пресуду због изостанка или контумациону пресуду. Странке и њихови адвокати били су дужни да положи кауције којима су гарантовали долазак пред суд.

Поступак пред судом је текао по одређеном реду. Прво су говорили тужилац и његов адвокат и саопштили суду чињенице које се односе на спор и којима се објашњава и потврђује одлука коју тужилац захтева, а потом би тужени и његов адвокат изнели своје противљење. Од тог тренутка је почињала да тече парница (литисконтестација). Потом су странке биле дужне да положи заклетву да ће се савесно парничити и да неће шиканирати супротну странку. Та дужност се односила и на адвокате. У наставку поступка, странке су наизменично у својим говорима износиле своје ставове у погледу спорне ствари.

Суд је, на основу посебне одлуке, спроводио доказни поступак. Он је могао да усвоји или да одбије доказне предлоге. Саслушавање и испитивање сведока, поред самих парничара, вршио је и суд, што показује да није имао пасивну улогу у поступку. Судија је могао да поставља питања и да изводи

доказе и о ономе о чему странке нису желеле да расправљају пред судом, а то показује да је суд поступао и по службеној дужности тј. да је имао официјелна овлашћења.

Доказна средства су била: изјаве странака под заклетвом, сведоци, исправе, увиђај, вештачење, заклетва поводом одређених питања. За суд су од значаја биле и индиције. У погледу оцене доказа, више није важио принцип слободне оцене доказа. Судија је био државни службеник и био је везан за упутства која је право предвиђало о томе како треба оценити поједини доказ. Правна правила су рангирала доказе и њихову вредност тако да су исправе имале јачу доказну снагу од сведока. Судија је био дужан да провери да ли су странке поднеле одређене доказе којима је правни поредак поклатио веру и пресуђивао је зависно од тога. Његово уверење о истинитости није имало значај, јер су правна правила предвиђала вредност сваког доказног средства. За овај период римског поступка била је карактеристична тзв. легална (формална) оцена доказа. Суд је доносио пресуду на основу важећег права које је морао да познаје. Пресуда је имала писани облик и јавно је саопштавана странкама.

Незадовољна странка је имала право жалбе (*appellatio*). Жалба се изјављивала усмено, одмах по саопштењу пресуде или писано, у одређеном року. Жалба је одлагала извршење (имала је суспензивно дејство), све док се не одлучи по жалби. О жалби је одлучивао суд вишег степена. Виши суд је отварао расправу по жалби и доносио одлуку. И против те одлуке могла је да буде изјављена жалба вишем суду, тако да је важио принцип тростепеног одлучивања.

И у погледу извршења пресуде у екстраординарном поступку дошло је до промена које су га учиниле ближим савременом начину извршења. Као орган извршења јављао се искључиво чиновник, а извршење је по правилу за објекат имало имовину дужника (реална егзекуција). Кажемо, по правилу, јер је самопомоћ и даље постојала али у законом предвиђеним оквирима.

Период развоја грађанског судског поступка, и посебно извршног поступка као његовог дела, у овом периоду римске историје, може се окарактерисати као делатност римске државе, која се одвијала у константним напорима да у потпуности у своје руке преузме поступак за пружање правне заштите, минимизирајући на тај начин улогу самопомоћи у римском извршном поступку (Игњатовић, 2004:287-309).

5. Правна средства за заштиту субјективних права

Основно средство којим се остваривала правна заштита у оквиру судског поступка била је тужба (*actio*). Све тужбе делиле су се на цивилне (*actiones civiles*) и хонорарне (*actiones honorariae*). Цивилне тужбе су настале обичајем, законом или интерпретацијом. Хонорарне су биле део законодавне активности магистрата.

Actiones in rem биле су тужбе којим се штитило неко апсолутно право. То су биле тужбе из домена статусног, стварног и наследног права.

Actiones in personam су биле тужбе које су служиле за заштиту релативних (облигационих) права.

Actiones stricti iuris била је тужба која је захтевала стриктно поштовање формуле. Тужилац је лако могао изгубити спор због формалности. Да би поспешили правду, правници су увели *actiones bonae fidei*, тужбу путем које је тужилац тражио све што му је тужени дуговао по основу добре вере (*bona fides*).

Actiones poenales су биле пеналне (казнене) тужбе. Оне су биле утврђиване по следећим правилима: 1) казна је увек имовинска и припада тужиоцу; 2) казна се одређује према тежини дела; 3) уколико има више извршилаца дела, сваки дугује пун износ казне; 4) патер фамилиас је могао да плати казну или је могао да преда извршиоца деликта; 5) пеналне тужбе су биле ненаследиве; 6) наплата казне није гасила право на друге тужбе.

Поред *actio*, као основног и редовног правног средства за заштиту субјективних права, римско право познавало је и ванредна средства као што су: *exceptio, stipulationes, interdictum, restitutio in integrum*. Ванредна правна средства за заштиту субјективних права биле су интервенције правосудних органа које су служиле за допуну, побољшање и одстрањивање недостатака грађанског поступка или редовних правних средстава која су била предвиђена за заштиту субјективних права у конкретним случајевима.

Exceptio је био приговор којим је оптужени могао да захтева да судија узме у обзир и оне чињенице које нису биле наведене. Од бројних приговора, најважнији је био приговор *exceptio doli* – приговор којим је странка тврдила да је жртва преваре.

Stipulationes је био уговор облигационог права који је због своје једноставности и апстрактности врло рано добио значајну улогу у решавању спорова. У неким правима претор је прибегавао природним стипулацијама (*missiones in possessionem*) као средством против непослушних странака.

Interdictum је била забрана или наредба која се је примењивала да би се утицало на понашање неког лица. Интердикт је издавао магистрат (претор). У зависности од тога да ли је гласио на једно или оба лица, могао је бити једнострано или двострано.

Restitutio in integrum било је средство којим је претор поништавао дејство неких правних чињеница и враћао на пређашње стање, под условом да су те чињенице доводиле до неправичних последица, па чак и кад су биле у складу са *ius civile*.

И *stipulationes* и *interdictum* и *institutio in integrum* била су преторска средства која је он користио у редовном судском поступку и уз помоћ којих је сам истраживао ствари и доносио одлуке.

6. Закључак

Судски поступак у римском праву је посебно значајан, јер се римско право током свог постојања развијало кроз правну праксу и судски поступак. За римско право је посебан значај имао судски поступак и римско схватање о тужби (*actio*), која је централни појам римског права и поступка. У римском праву није, као у савременом праву, постојала подела на материјално и процесно право, те су институти ових савремених грана права били испреплетани. Извори римског права показују да се постојање неког права и његова заштита заснивала на томе да ли у правним нормама постоји предвиђено правно средство којим се омогућава и обезбеђује заштита одређеног правом признатог интереса. *Actio* је, по схватању римских правника, било право да се од суда захтева оно што тужиоцу припада у конкретном случају по правним правилима. Првобитну заштиту својих права појединац је морао сам да обезбеди, путем самозаштите, што је у највећем броју случајева доводило до низа приватних ратова. Настојећи да спречи приватне ратове, који су се водили за остварење права појединаца, и обезбеди унутрашњи мир, држава је предузимала мере за формирање организоване правне заштите.

Римски грађански поступак, на почетку свог настанка, карактеришу одређене особине заједничке свим народима на истом степену културног развоја. Међутим, временом еволуирајући кроз легисакциони и формуларни поступак, римски грађански поступак развио је нови вид организоване судске заштите кроз екстраординарни поступак. Овај поступак је од значаја за савремени судски поступак, јер представља његову претечу, с обзиром на чињеницу да је у екстраординарном поступку све било у рукама државе. Она је уређивала и прописивала и организациона и функционална процедурална правила чиме је направљен темељ савременом начину суђења и савременој организацији судства.

Литература

Adolf, V. (1991). Encyclopedic dictionary of Roman Law. Philadelphia: American Philosophical society

Благојевић, Б. (1960). Грађански поступак у римском праву. Београд: Научна књига

Игњатовић, М. (2004). Извршење пресуде у римском грађанском поступку. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 44. 287-311

Игњатовић, М. (2003). In ius vocatio – позивање на суд. Правни живот, Тематски број, Право и демократска култура. 4(12). 275-285

Маленица, А. (1999). Римско право. Нови Сад: Правни факултет

Мојовић, Н. (2008). Судски поступак у римском праву. Бања Лука: Бесједа

Станковић, Г. (1996). Грађанско процесно право. Ниш: Студентски културни центар

Станковић, Г. (2001). Ново извршно процесно право. Ниш: Удружење за грађанско процесно и арбитражно право

Станојевић, О. (1982). Гајеве Институције (превод), (IV, 183). Београд: Нолит

Станојевић, О. (2001). Римско право. Београд: Досије

Marija Ignjatović, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Evolutionary Development of Civil Procedure in Roman Law

Summary

In this article, the author analyzes the entire course of civil procedure in Roman law, starting from the *legis actio* proceeding to the last *extra ordinem* proceeding. Relying on this analysis, the author points out that the last *extra ordinem* proceeding played a crucial role in the development and regulation of the contemporary civil procedure. In the course of its development, the Roman civil procedure had three distinct forms: *legis actio* proceeding, formulary proceeding and *extra ordinem* proceeding. In this paper, the author elaborates on all three forms of Roman civil proceedings and highlights their basic features. On the basis of the overall analysis, the author concludes that the last phase in the Roman civil procedure (the *extra ordinem* proceeding) is important for the subsequent developments in the contemporary law. In particular, the author analyzes the procedural instruments used in providing relevant judicial protection of individual rights. In that context, the author underscores the fact that the origin of the contemporary civil procedure and the fundamental procedural instruments for safeguarding individual rights are deeply rooted in Roman law.

Keywords: Roman civil proceedings, *legis actio* proceeding, formulary proceeding, *extra ordinem* proceeding, procedural instruments

Др Александар Мојашевић,
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу*

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925:330

Рад примљен: 27.02.2014.

Рад прихваћен: 25.03.2014.

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПОЈЕДИНИХ РЕШЕЊА ИЗ НАЦРТА ЗАКОНА О ПОСРЕДОВАЊУ У РЕШАВАЊУ СПОРОВА**

Апстракт: У овом раду аутор анализира поједина нова решења из Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године, за која је током јавне расправе истицано да ће допринети повећању ефикасности рада судова, пре свега, у виду растерећења од прекобројних предмета и снижењу трошкова судског поступка. Акцент се ставља на три питања: начин спровођења поступка медијације, извршност споразума закљученог у поступку медијације и трошкови медијације. Циљ је установити да ли су, и у којој мери, предвиђања о позитивним ефектима будућег Закона, базираног на споменутом Нацрту, утемељена. Ради остварења тог циља, у раду се излажу налази економске теорије о споменутиим питањима, као и резултати емпиријске студије о ефикасности медијације спроведене у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Базични налаз у погледу ефеката будућег Закона јесте да се не може очекивати значајно побољшање ефикасности поступка медијације, самим тим, и парничног поступка, упркос чињеници да Нацрт садржи поједина иновативна решења у односу на решења из важећег Закона о посредовању – медијацији.

Кључне речи: Нацрт, Закон, медијација, ефикасност, споразум, трошкови.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** 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).

1. Увод

У Републици Србији, од 2005. године на снази је *Закон о посредовању – медијацији* (у даљем тексту: Закон).¹ Само неколико година примене овог Закона било је довољно да се јасно увиди да исти није дао очекиване резултате, у виду растерећења судова од прекобројних предмета и снижења трошкова парничног поступка. Према јавно доступним подацима,² од почетка примене медијације у Србији, тек нешто више од *3.500 предмета* окончано је споразумом у овом поступку. Из тог разлога, Министарство правде и државне управе приступило је изради новог Закона који би на другачији начин регулисао овај АДР метод. Атмосфера у којој је то чињено обилувала је супротстављеним идејама и ставовима у погледу конципирања новог Закона, са крајњим исходом у виду (*друге*) *радне верзије Нацрта закона о посредовању у решавању спорова* из 2013. године (у даљем тексту: *Нацрт закона*).³ Будући да коначну верзију Предлога закона, Влада РС тек треба да усвоји, и да исти треба да прође скупштинску расправу, циљ овог рада огледа се у (критичком) преиспитивању појединих одредби *Нацрта закона*, на основу налаза економске теорије. Конкретније речено, у фокусу пажње је следеће питање: *да ли ће Закон, ако буде усвојен на основу решења из Нацрта закона, допринети побољшању ефикасности рада судова, тј. растерећењу судова од прекобројних предмета и снижењу трошкова парничног поступка*.⁴ На неки начин, настојимо да антиципирамо ефекте појединих одредби *Нацрта закона* на ефикасност медијације, самим тим, и ефикасност парничног поступка, ослањајући се првенствено на резултате теоријског и емпиријског истраживања спроведеног током 2011. и 2012. године у вези с овом темом (Мојашевић, 2014). С обзиром на предвиђање позитивних ефеката примене будућег Закона од стране појединих чланова Радне групе током јавне расправе 2013. године,⁵ нашли смо за сходно да упоредимо та предвиђања са закључцима из споменутог истраживања. У том светлу, биће обрађена следећа питања: обавезност (добровољност) медијације, извршност споразума склопљеног у медијацији и трошкови поступка медијације.

1 Закон о посредовању – медијацији, *Сл. гласник РС*, 18/05.

2 Видети: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, приступ: 13.1.2014.

3 Нацрт закона са образложењем доступан: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

4 У овом раду, фокусирамо се на *ефикасност парничног поступка*, свесни чињенице да је медијација могућа и у другим врстама судских поступака.

5 Видети: <http://www.webtv.rs/play/60407/javna-rasprava-o-radnoj-verziji-zakona-o-posredovanju-i-resavanju-sporova>, приступ: 20.1.2014.

2. Контроверзе у припреми Нацрта закона о посредовању у решавању спорова

У нашој земљи, почев од 2010. године до данас, актуелна је јавна дебата око усвајања новог Закона који би регулисао медијацију. На почетку дебате издвојиле су се две (супротстављене) стране са својим предлозима у погледу суштине Закона. Једну страну представљао је Центар за медијацију, а другу, стручни тим Радне групе Министарства правде РС. Не наводећи све појединости супротстављених идеја двеју страна,⁶ напоменимо то да је Радна група заступала став о *упућивању на медијацију од стране суда*, док се Центар залагао за *мандаторну медијацију у имовинским споровима*. Центар је тврдио да би мандаторна медијација требало да допринесе следећем: повећању броја медијација; смањењу прилива нових предмета у судове; ажурнијем решавању већ процесуираних предмета; уштеди директних трошкова судова и трошкова учесника у спору, као и трошкова у државном буџету у ситуацији када је држава учесник спора. Затим, Центар је истицао да пракса земаља ЕУ, као и пракса у нашој земљи, није потврдила да је упућивање на медијацију дало значајне ефекте. Коначно, Центар је заступао став да би споразум закључен у поступку медијације требало да има *снагу извршне исправе*, јер би то допринело повећању броја медијација. С друге стране, Радна група заступала је став да би споразум требало да има *снагу вансудског поравнања*.

Септембра 2012. године, *Решењем Министра правде и државне управе РС*,⁷ формирана је нова *Радна група*, са задатком да, поред рада на измени и допуни других закона, изради и радни текст новог Закона који би регулисао медијацију. Потом, наредне, 2013. године, новим *Решењем Министра правде и државне управе РС*,⁸ бива прекомпонована претходна Радна група, са (истим) задатком да припреми текст радне верзије Закона који би регулисао овај АДР метод.⁹ Ова радна група израдила је (другу)

6 Анализа која следи базирана је на два незванична документа до којих је аутор дошао у Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу: *Образложење Предлога Закона о медијацији Центра за медијацију и Предлози Закона о медијацији – поређење*.

7 Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за израду радног текста Закона о медијацији, бр. 119-00-9/2012-08 од 11.9.2012.

8 Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за припрему текста радне верзије Закона о посредовању у решавању спорова, бр. 119-01-00132/2013-01 од 10.6.2013.

9 Интересантно је то да став 1. *Решења Министра* гласи: „Образује се Радна група за припрему текста радне верзије *Закона о посредовању – мирењу (медијацији)* [подвукао А.М.]“. Требало је водити рачуна да овај појединачни правни акт буде тако конципиран да не доводи до термилошких забуна, будући да се термини *медијација*, *мирење* и *посредовање* користе као синоними. Тим пре, ова примедба долази до изражаја ако

радну верзију Нацрта закона о посредовању у решавању спорова, и исту упутила на јавну расправу, која је окончана крајем 2013. године.

Будући да је важећи Закон на снази од 2005. године, и да је након пет година од његове примене покренута јавна дебата која је трајала безмало четири године, и то са веома дисонантним тоновима у погледу суштине самог Закона, мишљења смо да је наслов овог поглавља у потпуности оправдан.

3. Обавезна медијација

3.1. Како економска теорија гледа на питање обавезне медијације?

У економској теорији (Brown, Ayres, 1994) питање обавезне медијације повезује се са два добро позната проблема: *проблемом моралног хазарда* и *проблемом негативне (неприродне) селекције*.¹⁰ Иначе, проблем моралног хазарда подразумева ризичније и неопрезније понашање једне уговорне стране које настаје услед немогућности контроле или скупог надзора друге уговорне стране. Шире посматрано, морални хазард јавља се увек када привредни субјекат не сноси негативне последице (трошкове) својих одлука (Беговић, Лабус, Јовановић, 2008: 381-383). Концепт моралног хазарда налази своју примену и у односима оних субјеката који *преговарањем*, и то чињењем узајамних уступака, могу остварити неку заједничку корист. У таквој ситуацији, када морални хазард омета или, у крајњој инстанци, онемогући две стране да остваре заједничку корист, увођење *медијатора*, као трећег неутралног лица, показује се као рационалан избор.¹¹ У теорији (Myerson, 1986: 323-358) се спомињу посебне технике, попут *технике бацања новчића*, којима медијатор помаже преговарачима да остваре за њих повољан исход. Тиме медијатор, у ствари, побољшава координацију између преговарача, чинећи повољан исход више вероватним. Узимајући то у обзир, рационални преговарачи бивају подстакнути да *добровољно* оптирају овај АДР метод, те би закључак економске теорије гласио: *морални хазард у уговорним односима не представља разлог који би оправдао увођење обавезне медијације* (Brown, Ayres, 1994: 385).

се погледа *Образложење Нацрта закона* у којем се овај правни акт среће под називом *Закон о посредовању у решавању спорова* (очита је неподударност назива Закона у два различита акта који прате текст Радне верзије нацрта закона: у Решењу и Образложењу).

10 У наставку текста, користићемо термин *негативна селекција*.

11 Наглашавамо да медијатор не може да ублажи проблем моралног хазарда једне уговорне стране, *већ само морални хазард две или више уговорних страна, у ситуацији када постоји потреба за координацијом уговорних обавеза*.

Када је реч о односу мандаторне медијације и негативне селекције, ситуација је другачија. Напоменимо да се проблем негативне селекције испољава у различитим уговорним односима. Рецимо, на тржишту осигурања, будући да су осигураници боље обавештени о наступајућим ризицима, осигуравајуће друштво не може да раздвоји високо ризичне од ниско ризичних група осигураника. Због тога су осигуравајућа друштва приморана да одреде цену по просечној вероватноћи наступања ризичног догађаја. У том случају, боље пролазе високо ризични осигураници него ниско ризични осигураници, јер плаћају премију за ризик, која је нижа од њиховог стварног ризика. Логична последица таквог начина одређивања цене премије осигурања јесте да полисе осигурања више купују високо ризични осигураници. Таква појава на тржишту осигурања назива се негативна селекција осигураника (Лабус, 2006: 394-397).

Базични проблем због кога настаје негативна селекција огледа се у томе што једна уговорна страна крије информације о неким својим карактеристикама од друге уговорне стране или их, пак, лажно представља пре закључења неког уговора. Речником економске теорије (Cooter, Ulen, 2004: 279-280), једна страна поседује неку приватну информацију коју настоји да искористи на уштрб друге стране (јер је она не зна), што је подстиче да се понаша стратегијски. Такво стратегијско понашање може бити препрека ефикасном окончању преговора ради закључења неког уговора, или преговора ради окончања неког спора. У овом другом случају, у теорији преговарања (Fisher, Ury, 2003: 49-54) наводи се ситуација када једна страна крије од друге стране информацију о вредности своје најбоље алтернативе преговарачком споразуму – скр. БАТНА (енг. *Best Alternative to a Negotiated Agreement*).¹² Рецимо, најбоља алтернатива преговарачком споразуму једне стране у преговорима може бити одлазак на суђење, те од очекиване вредности судске пресуде управо зависи понашање те стране, а тиме и сам исход преговора. То имплицира да кооперативно решење игре није унапред загарантовано, услед чега би стране требало да приступе одређеној врсти, било индиректне било директне комуникације, у смислу размене приватних информација. Индиректна комуникација подразумева учешће медијатора који би требало да спречи настанак

12 Вредност БАТНЕ једне стране у преговорима може пренети већу количину информација другој страни од, рецимо, резервационе цене. Иначе, резервациона цена означава максималну цену по којој је купац спреман да купи одређено добро или услугу, односно минималну цену по којој је продавац спреман да прода одређено добро или услугу. Овај (економски) појам резервационе цене користи се и у игри преговарања, као линија испод односно изнад које преговарачи неће учинити уступак другој страни у преговорима око поделе кооперативног вишка, који представља распон између ове две граничне или резервационе цене.

негативне селекције, која се огледа у томе да *одређени преговарачи, одустајањем од преговора, неће закључити споразум* (иако корист од размене реално може да постоји), *или да ће себе непотребно исцрпљивати у дугачким преговорима* (чак и ако корист од размене реално не постоји). Према томе, ланац дешавања у оваквој игри преговарања јесте следећи: приватне информације → стратегијско понашање → негативна селекција → неефикасно решење спора. У теорији (Brown, Ayres, 1994: 335) се наводе посебне технике медијатора за спречавање оваквог следа догађаја, попут *увећања трошкова стратегијског понашања подстицањем да се преговори прекину ако нема користи од размене*. При том, медијација може бити ефикасан метод решења спора ако и само ако преговарачи још увек нису спознали своје резервационе цене (БАТНЕ), јер од момента спознаје истих може отпочети стратегијска борба са већ описаним (негативним) исходом. У прилог томе, у једној студији (Myerson, Satterthwaite, 1983) доказано је да игра са медијацијом, у којој стране још увек нису спознале резервационе цене, генерише виши ниво очекиване друштвене користи у односу на било коју игру у којој стране знају своје резервационе цене. Но, будући да преговарачи неће самостално приступити *преговорима око начина решења спора* све док не спознају своје резервационе цене (БАТНЕ), поставља се питање како остварити овај друштвено пожељан исход. Једна од могућности јесте *обавезивање страна да покушају да спор реше овим АДР методом*. Према томе, закључак економске теорије гласи: *будући да медијатор може ублажити проблем негативне селекције, и делимично отклонити друштвену неефикасност преговарања, обавезати стране да иду на медијацију има економског оправдања* (Brown, Ayres, 1994: 385-386).

3.2. Разлози за и против обавезне медијације са освртом на праксу појединих земаља

У прилог обавезној медијацији, у теорији (Cornes, 2007: 12-19) се наводи: медијација, генерално гледано, има високу стопу успешности; покушај увођења обавезне медијације не може да шкоди; успех медијације не доводи се у питање чак и у случајевима када судија *наређује* странкама да иду на медијацију. Затим, одређена истраживања у Аустралији (Mask, 2003) показују да је учесталост склапања поравнања у судски обавезној медијацији приближно иста као и учесталост склапања поравнања у добровољној медијацији. Тиме се пружају одређени докази да обавезивање страна да иду на медијацију не смањује фреквенцију склопљених поравнања. Даље, у теорији (Hardy, 2008: 5-8) постоје и овакви аргументи: многе странке непотребно троше ресурсе у судском поступку, који се на крају оконча поравнањем; увођење обавезне медијације може допринети

афирмацији оних одлика медијације због којих је стекла популарност: брзина решавања спорова, неформалност поступка, економичност; медијација има предност над судским поступком због смањења тензије и страха међу странкама, итд.

Један од основних аргумента (Hardy, 2008: 8) *против* обавезне медијације јесте да постоје случајеви који, једноставно, нису подобни за медијацију (случајеви насиља). Затим, не мање важан аргумент (Кнежевић, Павић, 2009: 234) огледа се у томе да увођење обавезне медијације може поткопати темељни принцип на којем је изграђена ова правна установа – *принцип добровољности*. Даље, истиче се (Hardy, 2008: 9) да стварање система базираног на доминацији медијације над редовним судским поступком, може угрозити *принципе правде* на којима почива тај поступак: транспарентност, одговорност и јавност. Додајмо и општепознате аргументе: увођење обавезне медијације у правни систем једне земље генерише *додатне трошкове*; када медијација не уроди плодом долази до *непотребног расипања ресурса*;¹³ да у поступку медијације може доћи до *злоупотребе моћи једне стране*, нарочито ако медијацију води неискусан или недовољно обучен медијатор.

Када је реч о пракси појединих земаља, при федералним судовима великог броја америчких држава постоје *медијације припојене суду* (енг. *court-annexed mediation*). Рецимо, 1995. године, у држави Флорида преко 75.000 предмета окончано је судском медијацијом (Милутиновић, 2006: 11-12, фуснота 5). Затим, у неким државама Аустралије, судије имају право да, без сагласности странака, упуте предмет на медијацију (Mask, 2003: 74-75). Потом, у судској пракси појединих држава, попут Енглеске и Велса,¹⁴ дешавало се да судија *нареди* странкама да иду на поступак медијације (Cornes, 2007: 13). За ове државе може се рећи да су остале привржене добровољној медијацији, али уз могућност да судија алоцира парничне трошкове на терет оне стране која је у судском поступку одбила медијацију из *неразумних разлога*.¹⁵ Коначно, Италија је земља која је увела обавезну медијацију, упркос отпорима адвокатског лобија (Mogek, 2013).

Када је реч о нашој земљи, важећи Закон¹⁶ дао је приоритет концепту *упућивања на медијацију од стране суда*. У нашој теорији (Кнежевић, Павић, 2009: 240), постоји тумачење да овај концепт подразумева *судски обавезну*

13 Као да до непотребног расипања ресурса не долази у скупим и дуготрајним парницама!

14 Видети, на пример, судски случај *Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd* [1999].

15 Видети, рецимо, судски случај *Dunnett v Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002].

16 Чл. 12. Закона о посредовању – медијацији.

медијацију, јер у првостепеном поступку, за разлику од поступка по жалби,¹⁷ по упуту суда странке морају ићи на поступак медијације.¹⁸ При том, није искључена могућност да се правила поступка медијације предвиђена Законом примене и на поступак медијације који је покренут и без упута суда или другог органа, пре или после покретања поступка за решавање спорног односа.¹⁹ У сваком случају, важећи концепт медијације у нашој земљи јесте концепт добровољне медијације. Начело добровољности јесте једно од основних начела поступка медијације, будући да се медијација може спровести само на основу изричите сагласности страна.²⁰ И судска пракса потврђује примену овог начела.

4. Емпиријска студија о ефикасности медијације у нашој земљи

Крајем 2011. и почетком 2012. године, у Парничном одељењу и Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу, спроведено је експлоративно истраживање, квалитативног и квантитативног типа, оријентисано на испитивање ефикасности медијације (Мојашевић, 2014). Циљ истраживања огледао се у утврђивању фактора (не)ефикасности нашег система решавања грађанскоправних спорова медијацијом, односно, установљавању стварног доприноса медијације минимизацији парничних и судских трошкова, растерећењу судова од прекобројних предмета и других фактора. Не улазећи на овом месту у све појединости овог истраживања, фокусираћемо се на она питања која су у уводу рада издвојена као битна.

Прво, када је реч о *обавезној медијацији*, истакнуто је да уштеда трошкова може представљати снажан подстицај странкама да се поравнају што је могуће пре у поступку, било непосредно било посредно (преко медијатора). Но, парнице које су обрађене у овој студији указују на то да некада прође пуно времена пре него што странке уопште приступе медијацији. Идентификовани су бројни разлози каснијег одласка странака на медијацију, почев од њихове неинформисаности о овом поступку, до

17 У поступку по жалби потребна је сагласност странака за одлазак на медијацију. Видети: чл. 14. Закона о посредовању – медијацији.

18 Но, интервју који је обављен са координатором Одељења центра за медијацију у Нишу, у оквиру емпиријске студије (видети следеће подглавље), показао је да су судије углавном поштовале вољу странака приликом упућивања на медијацију („Тек ако странке хоће, судија их упућује на медијацију“). Очита је дискрепанца између теоријског тумачења ове важне одредбе Закона која рефлектује суштину концепта медијације и тумачења и примене исте у пракси од стране судија, бар када је реч о Основном суду у Нишу.

19 Чл. 1. ст. 2. Закона о посредовању – медијацији.

20 Чл. 3. Закона о посредовању – медијацији.

психолошких баријера. С тим у вези, закључено је да ако би оне имале законску обавезу да покушају да реше спор медијацијом, и то пре покретања поступка, смањила би се могућност дугог трајања парничног поступка и одржавања великог броја рочишта. Можда не би све странке решиле спор у овој фази, али би просечно гледано, огромна већина њих то учинила.

Друго, полазна теза да би споразум закључен у поступку медијације, који би имао *извршну снагу*, генерисао већи број медијација, али и већи индекс успешности медијације, потврђена је овим истраживањем. Наиме, према мишљењу скоро свих испитаних судија и огромне већине адвоката, споразум у медијацији са извршном снагом подстакао би странке да иду на медијацију, а већа фреквенција одлазака на медијацију значи и већи број успешних медијација. Закључено је да би законско нормирање споразума који би имао извршну снагу требало да има позитиван ефекат у правцу отклањања, или ублажавања, према мишљењу већине судија, базичног недостатка нашег система решавања спорова медијацијом – *малог броја медијација који не доводи до растерећења судова од прекобројних предмета*.

Треће, установљено је да не постоји статистички значајно повећање броја медијација у Одељењу центра за медијацију у Нишу, од 2006. године до 2012. године, праћено по годинама. Један од кључних фактора малог броја медијација, између осталог, јесте и *висина таксе за покретање поступка медијације*. Наиме, минимални износ таксе за покретање поступка медијације износио је, а и даље износи, *115 евра*.²¹ У споровима мале вредности, то није занемарљив износ и представља фактор одвраћања странака од поступка медијације.

Генерални закључак ове студије, када је реч о законском нормирању медијације у Србији, гласи: *уколико би на горенаведеним решењима била базирана будућа (правна) реформа система решавања спорова медијацијом у Србији, ефикасност ове правне установе дошла би до изражаја у правом смислу те речи*.

5. Осврт на поједина нова решења из Нацрта закона из 2013.

Ваљало би истаћи да је сам назив Закона – *Закон о посредовању у решавању спорова*, у основи, погрешан. Према нашем мишљењу, *Закон о медијацији* је подеснији назив од Закона о посредовању у решавању спорова, посебно ако се узме у обзир то да постоје различити видови посредовања у решавању спорова. Рецимо, мирeње је облик посредовања који се разликује од медијације, упркос бројним сличностима. Консеквентно, и појам *медијатор* је адекватнији од појма *посредник*, који се користи у Нацрту закона.

21 Тарифа о накнадама у поступку медијације, <http://www.medijacija.rs/cenovnik.html>

Друго, у Нацрту закона предвиђено је да се *поступак посредовања спроводи добровољно, на основу изричите сагласности страна, осим у спорним односима у којима је посебним законом покретање поступка посредовања предвиђено као услов за вођење судског или другог поступка.*²² Овај члан недвосмислено указује на то да је (кровним) Законом остављена могућност да посебним законима буде прописана обавеза страна да покушају да спор реше у поступку медијације, пре покретања судског поступка или поступка пред другим органом. Но, остаје отворено питање о којим поступцима се конкретно ради?²³ С друге стране, у важећем Закону²⁴ стоји да се *поступак посредовања спроводи на основу изричите сагласности страна, без остављања могућности прописивања неког вида законски обавезне медијације.* Јасно је да решење из Нацрта закона из 2013. године, у погледу начина спровођења поступка медијације, а који рефлектује и саму суштину концепта медијације, *представља одређену новину у односу на постојеће решење.*

Треће, за разлику од важећег Закона²⁵ који предвиђа да споразум у медијацији има снагу *вансудског поравнања* и да може имати снагу судског поравнања, ако га на записник узме судија након оцене да је сагласан са јавним поретком, Нацрт закона²⁶ прописује да споразум о решавању спора путем посредовања може имати *снагу извршне исправе*, ако су (кумулативно) испуњени следећи услови: *споразум има за предмет испуњење обавезе на чинидбу; споразум садржи изјаву дужника којом прихвата исти као извршни наслов; и ако су потписи страна и посредника на споразуму оверени од стране суда или јавног бележника.* Затим се додаје да се *неће дозволити принудно извршење споразума о решавању спора путем посредовања ако закључење овог споразума није дозвољено, ако је споразум супротан јавном поретку, ако споразум није подобан за извршење или је предмет извршења немогућ.*²⁷ Овакво решење Радна група оправдава позивањем на одговарајући члан Директиве Европског парламента и Савета ЕУ²⁸ и, при том, тумачи исти

22 Чл. 6. Нацрта закона.

23 У Образложењу Нацрта закона наводи се само да када то оправдавају специфичности одређене врсте правних односа могуће је посебним прописом предвидети примену посредовања као услова за покретање судског поступка. При том, представници Радне групе наводе да су таква решења, као изузетак од принципа добровољности, позната у *упоредном праву.* Нигде одговора на питање у којим поступцима може бити предвиђена обавезна медијација.

24 Чл. 3. Закона о посредовању – медијацији.

25 Чл. 16. ст. 4. и б. Закона о посредовању – медијацији.

26 Чл. 24. ст. 1. Нацрта закона.

27 Чл. 24. ст. 2. Нацрта закона.

28 Чл. 6. ст. 1. Директиве 2008/52/ЕС.

на следећи начин: „[...] државама [се] налаже да омогуће једноставне процедуре у циљу обезбеђења извршности споразума постигнутих у поступку посредовања“.²⁹ Такође, извршност споразума у медијацији Радна група упоређује са извршношћу *заложне изјаве*,³⁰ наводећи да иста може бити лакше злоупотребљена у односу на споразум, али јој се ипак даје снага извршне исправе.³¹ Очит је заокрет у Нацрту закона у односу на решење из важећег Закона, у правцу давања извршне снаге споразуму у медијацији, када је реч о споровима који за предмет имају испуњење обавезе на чинидбу и под другим горенаведених условима.³²

Коначно, када је реч о трошковима, новину у Нацрту закона³³ представља то да се *стране ослобађају плаћања судских, односно административних такси у случају постизања споразума након покренутог судског или другог поступка, до закључења првог рочишта за главну расправу*. Очито је да оваквим решењем стране бивају подстакнуте да, након покренутог судског поступка, бирају медијацију као метод решења спора. Новина је и да се висина награде за рад и висина накнаде трошкова посредника одређује према Тарифи коју доноси *министар* надлежан за послове правосуђа, ако се стране другачије не споразумеју.³⁴ Према важећем Закону, Тарифу прописује Центар за медијацију, а не надлежно министарство.³⁵ С тим у вези, отворена је и могућност да се посебним законом пропишу услови који су потребни за *ослобађање страна од плаћања трошкова поступка*

29 Видети: Образложење Нацрта закона.

30 Видети: чл. 15. Закона о хипотеци, *Сл. гласник РС*, 115/05.

31 Видети: Образложење Нацрта закона.

32 Интересантно је то да је у чл. 25. *Нацрта закона од 5.8.2013. године (прва верзија)* било предвиђено да споразум (*аутоматски*) има снагу извршне исправе након овере потписа страна и посредника на споразуму од стране судије или јавног бележника. Овај члан, али и бројни други, изазвали су подозрење појединих чланова Радне групе, због чега су упућене бројне критике (видети: *Коментар чланова Радне групе поводом Радне верзије Закона о посредовању о решавању спорова од 5.8.2013.*). Све у свему, можемо претпоставити да су управо ове критике утицале на измену члана који се тиче извршности споразума у медијацији у *другој верзији Нацрта закона*.

33 Чл. 28. Нацрта закона.

34 Чл. 26. ст. 3. Нацрта закона.

35 Критика је упућена и овом члану Нацрта. Наиме, постављено је питање оправданости прописивања тарифе од стране министарства у ситуацији када се медијација спроводи ван суда, рецимо, у привредној или лекарској комори. С тим у вези, предложено је да тарифу прописује организација или установа која спроводи поступак медијације, а не министар надлежан за послове правосуђа. Према нашем мишљењу, овај предлог се чини оправданим.

медијације.³⁶ Овакво решење Радна група оправдава позивањем на одговарајући члан Директиве Савета ЕУ о правној помоћи, у којем стоји да правна помоћ треба да буде проширена и на *вансудске поступке*, под одређеним условима.³⁷

6. Закључак

Економска анализа Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године показала је да предложена решења у погледу обавезности медијације, извршности споразума у медијацији и трошкова поступка медијације, представљају одређену новину у односу на важећа решења из Закона о посредовању – медијацији. Очито је то да се трагало за новим решењима из простог разлога што медијација, као правна установа, није заживела у нашој земљи. Тачније речено, ефикасност ове правне установе, која је требало да се испољи у снижењу трошкова судског поступка и смањењу прекобројних предмета, није дошла до изражаја. Као што је у уводу речено, поједини представници Радне групе са оптимизмом очекују да ће предложена, али и друга решења, ако буду усвојена, допринети повећању ефикасности медијације, самим тим, и ефикасности судског поступка. Да ли је овакав исход вероватан, бар када је реч о *парничном поступку*? У одговору на ово питање, кренимо редом.

Прво, у основи, задржавање постојећег концепта добровољне медијације значи да се не може очекивати значајно повећање фреквенције поступака медијације, самим тим, ни повећање индекса успешности медијације. Речено је да главни недостатак система решавања спорова медијацијом у нашој земљи представља *веома низак број покренутих поступака медијације*. Будући да, на основу предложеног решења, стране немају обавезу да учествују у овом поступку, с тим да је остављена могућност да се посебним законима пропише таква обавеза, *али без навођења о којим поступцима се конкретно ради*, јасно је да се по овом основу не може очекивати значајно повећање учесталости поступака медијације. Додуше, остаје да се види на које ће то случајеве да се односи законски обавезна медијација, чије је увођење овим Нацртом само наговештено, под условом да се исти преточи у законски акт, наравно. У сваком случају, повећање броја медијација могуће је на друге начине, попут оних који су у споменутој студији издвојени као битни: побољшање информисаности странака и других учесника у поступку о појму и значају медијације; популаризација АДР метода средствима масовне комуникације; едукација грађана о алтернативним

³⁶ Чл. 26. ст. 4. Нацрта закона.

³⁷ Видети: чл. 10. Директиве 2002/8/ЕС.

начинима решавања спорова, итд. Све ово захтева значајан напор и издатке надлежног министарства, али и других институција и појединаца који су заинтересовани да медијација заживи у Србији, попут судија, професора и адвоката. Без одређеног напора у том правцу, а у одсуству законске обавезе да покушају да спор реше медијацијом, не може се очекивати да ће стране, према сопственом нахођењу, бити подстакнуте да одлазе на поступак медијације. Напошетку, додајмо да ако нешто може да допринесе популаризацији медијације, као и повећању свести грађана о значају овог АДР метода, онда је то, свакако, *обавезна медијација*. При том, ваља истаћи да теорија и пракса познају *различите видове обавезности учествовања у овом поступку*. У теорији (Quek, 2010: 488-490) се говори о одређеном континууму *обавезности учествовања у медијацији*, у којем једино медијација која подразумева обавезно упућивање предмета на медијацију *без икаквих изузетака и са одговарајућом санкцијом за непоштовање ове обавезе*, представља оксиморон! У другим случајевима, она може бити и те како оправдана, али превасходно као *привремено целисходно решење* које доприноси горенаведеним циљевима (популаризацији и повећању броја поступака медијације).

Друго, када је реч о извршности споразума у медијацији, очито је да предложено решење, ако буде усвојено, може утицати на повећање фреквенције поступака медијације, бар када је реч о споровима који за предмет имају испуњење обавезе на чинидбу. Према важећем Закону, споразум у медијацији, са снагом вансудског поравнања, мора се преточити у судско поравнање, узимањем на записник од стране судије. У ту сврху, потребно је покренути посебан ванпарнични поступак. Следи да је препуштено странкама да се саме старају о извршности закљученог споразума. Бојазан да то није најбоље решење исказана је у теорији (Кнежевић, Павић, 2009: 239), а поткрепљује се карактеристикама наше правне културе. С друге стране, споменута студија показала је да споразум као извршна исправа отклања неизвесност и ризик неизвршења истог,³⁸ као и да подстиче странке да иду на медијацију, што свакако може допринети снижењу укупних трошкова парничног поступка. Гледано из тог угла, споразум са извршном снагом може имати оправдања, упркос бројним контрааргументима. Штавише, може се рећи да актуелна дебата није око тога да ли споразум треба да има извршни наслов, већ око *начина* како споразум учинити извршним. Питање је само како разрадити

38 Стране могу да *промене мишљење* од момента склапања споразума до тренутка добијања извршности, јер некада прође пуно времена. Такође, сама процедура подразумева додатно ангажовање судије који споразум узима на записник, и додатно ангажовање странака, јер морају ићи на ванпарнични поступак и платити таксу за покретање истог, која додуше није висока.

најефикаснији механизам да споразум добије снагу извршне исправе. Овај који је предложен у Нацрту чини нам се једноставнијим у односу на постојећи.

Треће, решење којим се стране ослобађају судских, односно административних такси, ако до рочишта за главну расправу склопе споразум, представља добро решење, јер их усмерава у правцу мирног решења спора. С тим у вези, остаје да се види како ће бити конципирана Тарифа о наградама и накнадама у поступку посредовања, при чему би посебно требало водити рачуна да висина таксе за покретање поступка медијације код *спорова мале вредности* не буде демотивишућа за стране у погледу избора медијације.

Јасно је да пуно фактора утичу на то да ли ће стране изабрати медијацију, након покренутог судског поступка, као и на то да ли ће медијација бити призната и препозната као ефикасна правна установа у једном правном систему. При том, очекивати да ће *само* избором законских решења медијација заживети у једној земљи представља наивно становиште. Сходно томе, потребно је учинити пуно на друштвеном, а не само на правном (законодавном) плану, ради афирмације медијације и других АДР метода. Такође, план имплементације медијације унутар једног правног система подразумева квалитетну техничку, стручну, административну и другу подршку, тачније речено, подразумева један *организован систем* који мора бити брижљиво унапред конципиран. Истраживање које је спроведено указује на бројне пропусте на том плану.

Полазећи управо од ових аргумената, мишљења смо да нема места претераном оптимизму, нарочито не унапред најављеном, у погледу значајнијег унапређења ефикасности медијације, консеквентно, и парничног поступка, бар не у скорије време. Оптимизам се може базирати једино на покушају изградње *одрживог система медијације*, за који су потребна добра законска решења подложна сталном проверавању и, по потреби, иновирању, као и на *перманентној* едукацији и информисању стручне и опште јавности, што изискује *константан* напор одговорних појединаца.

Литература

- Беговић, Б., Лабус, М., Јовановић, А. (2008). *Економија за правнике*. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду
- Brown, J. G., Ayres, I. (1994). Economic Rationales for Mediation. *Virginia Law Review*. 80 (2). 323-402

Cooter, R., Ulen, T. (2004). *Law and Economics*. Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal: Pearson Addison-Wesley

Cornes, D. (2007). Commercial Mediation: the Impact of the Courts. *Reprinted from* (2007) 73 *Arbitration* 12-19. London: Sweet & Maxwell Limited. [Electronic version]. Retrieved 28, January 2014, from http://www.mediatewithcornes.co.uk/CIArb%20Article%202007_1.pdf

Директива 2002/8/ ЕС Савета од 27. јануара 2003. године за побољшање приступа правди у прекограничним споровима успостављањем минимума заједничких правила о бесплатној правној помоћи за такве спорове

Директива 2008/52/ЕС Европског парламента и Савета ЕУ од 21. маја 2008. године о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима

Dunnett v Railtrack Plc [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 W.L.R. 2434

Fisher, R., Ury, W. (2003). *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Second Edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Book. [Electronic version]. Retrieved 27, January 2014, from <http://6thfloor.pp.fi/fgv/gettingtoyes.pdf>

Hardy, W. (2008). Mandatory Mediation. [Electronic version]. Retrieved 1, February 2014, from <http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>

Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd [1999] ADR.L.R. 07/23

Кнежевић, Г., Павић, В. (2009). *Арбитража и АДР*. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду

Коментар чланова Радне групе поводом Радне верзије Закона о посредовању о решавању спорова од 5.8.2013. Доступан на: <http://www.partners-serbia.org/wp-content/uploads/2013/09/Коментар-%C4%8Dlanova-RG-na-radnu-verziju-Zak-o-Medijaciji-od-05-8-2013.pdf>

Лабус, М. (2006). *Основи економије*. Београд: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду

Маск, К. (2003). *Court Referral to ADR: Criteria and Research*. NADRAC and Australian Institute of Judicial Administration

Милутиновић Љ. (2006). *Медијација у Србији*. Београд: International Finance Corporation

Мојашевић, А. (2014). *Економска анализа медијације: теоријско-емпиријска студија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Morek, R. (2013). Mandatory Mediation in Italy – Reloaded. [Electronic version]. Retrieved 4, February 2014, from <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

Myerson, R. B. (1986). Multistage Games with Communication. *Econometrica*. 54 (2). 323-358

Myerson, R. B., Satterthwaite, M. A. (1983). Efficient Mechanisms for Bilateral Trading. *Journal of Economic Theory*. 29 (2). 265-281

Образложење (друге верзије) Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године. Доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

Образложење Предлога закона о медијацији Центра за медијацију и Предлози закона о медијацији – поређење (незванични документи)

Quek, D. (2010). Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 11. 479-509

Радна верзија Нацрта закона о посредовању у решавању спорова из 2013. године. Доступна на: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за израду радног текста Закона о медијацији. Број: 119-00-9/2012-08 од 11.9.2012. године, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/images/Radna%20grupa%20za%20izradu%20nacrt%20izmena%20i%20dopuna%20VPZ.pdf>

Решење Министарства правде и државне управе РС о образовању радне групе за припрему текста радне верзије Закона о посредовању у решавању спорова. Број: 119-01-00132/2013-01 од 10.6.2013. године,

<http://www.mpravde.gov.rs/files/Resenje%20posredovanje%20radna%20grupa.pdf>

Тарифа о накнадама у поступку медијације, <http://www.medijacija.rs/ceponovnik.html>

Закон о посредовању – медијацији. *Сл. гласник РС*. Бр. 18 (2005)

Закон о хипотеци. *Сл. гласник РС*. Бр. 115 (2005)

<http://www.webtv.rs/play/60407/javna-rasprava-o-radnoj-verziji-zakona-o-posredovanju-i-resavanju-sporova>

<http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>

Aleksandar Mojašević, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Economic Analysis of Certain Legal Solutions in the Draft Mediation Act

Summary

The Mediation Act has been applied in the Republic of Serbia since 2005. In the past period, the application of this Act has pointed out to a number of drawbacks and deficiencies in the system of resolving disputes through mediation. The dominant features of the current mediation system are some inadequate legal solutions, poor organization and insufficient preparation of the courts to internalize mediation, failure to provide relevant information about mediation to litigants and other participants in the judicial process, insufficient judicial training and education of lawyers and parties on mediation and other ADR methods, etc. Considering that the primary purpose of mediation is to diminish the litigation caseload and reduce the costs of court proceedings, the basic goal of introducing mediation into the Serbian legal system has not been accomplished.

In order to improve the mediation system, the Serbian authorities launched a public debate in 2010 on designing a new legislative act which would eliminate the shortcomings of previous act and improve the efficiency of mediation. After nearly four years, the extensive debate and confrontation of different mediation concepts led to adopting a new Draft Mediation Act in 2013. As compared to the applicable 2005 Mediation Act, the Draft Mediation Act contains some innovations, such as the enforceability of a mediation agreement under specific conditions and the opportunity of introducing mandatory mediation in some cases.

In this paper, the author analyzes the above issues on the basis of findings of economic theory and the results of the empirical study on the efficiency of mediation in Serbia in civil matters. In this context, the author argues that the achievement of the above objectives (to reduce the caseload and legal costs) calls for establishing a sustainable mediation system. In addition to instituting good legal solutions (such as mandatory mediation), the system should be supported by joint efforts and financial resources of responsible institutions and individuals. In a nutshell, mediation may come to life only if the legislative efforts are accompanied by a large-scale social action aimed at promoting this form of dispute resolution.

Keywords: Draft Mediation Act, mediation, efficiency, mediation agreement, costs.

Др Дарко Голић*,
Правни факултет за привреду и правосуђе,
Привредна академија Нови Сад

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 352

Рад примљен: 14.03.2014.
Рад прихваћен: 04.04.2014.

МЕЋУОПШТИНСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ КАО ПОЛУРЕГИОНАЛНЕ (КВАЗИ)ВЛАСТИ**

Апстракт: У овом раду су приказани облици интегрисане међуопштинске сарадње у појединим европским земљама који имају одређена обележја регионалног нивоа власти. На основу анализе различитих појавних облика, приказана су заједничка обележја наведених заједница, с посебним освртом на њихов функционални аспект. Имајући у виду да се потребе за регионалним планирањем, координацијом локалних политика и вршењем служби регионалног карактера остварују путем различитих институционалних решења, указали смо на могућност да се, без задирања у постојеће основе територијалне организације, обезбеди одговарајући институционални и децентрализован облици њиховог остваривања. Иако се ентитети који настају путем оваквих облика међуопштинске сарадње не могу означити територијално-политичким, односно институционалним регионима, они то јесу у функционалном смислу.

Кључне речи: међуопштинска сарадња, регионализација, локална самоуправа.

1. Увод

Међуопштинска сарадња путем које настају заједнички органи, службе или удружења може се означити интегрисаном сарадњом. Најчвршћи облик сарадње, који по својим обележјима умногоме подсећа на посебан ниво локалне самоуправе, односно, на виши ниво власти, чије функције превазилазе друге облике међуопштинске сарадње – представља тзв. полурегионалне (квази)власти. Иако се може подвести под форму сталних организација као интегрисаног облика сарадње, путем њега

* g.darko83@gmail.com

** Рад је настао у оквиру истраживања приликом израде докторске дисертације одбрањене на Правном факултету у Нишу, 15.11.2013. године.

се остварују функције које су знатно ширег, регионалног карактера, те знатно већег значаја у функционисању локалног система управљања у односу на форме путем којих се интегрисано врше поједине локалне јавне службе. Као такав, поседује и одређени политички значај, те изискује посебну правну регулацију. Дакле, организационо, он представља облик сталних међуопштинских организација које интегришу одређене локалне послове, а функционално има одређених додирних тачака са форумско-мрежним организацијама, чија се основна улога састоји у координацији локалних политика. Комбинација та два обележја претходно наведених облика - карактер сталне организације са функцијом планирања и координације - чине га специфичним обликом, који се приближава другим формама територијалне организације власти, као што су региони или виши степен локалне самоуправе, резултат је међуопштинске сарадње, а не територијалне реорганизације. Међуопштинске заједнице могу представљати алтернативу увођењу новог нивоа власти у државама које га не познају и чије би увођење захтевало корените и политички осетљиве промене у вертикалној организацији власти, каква је и Србија.

2. Условљеност регионалног међуопштинског повезивања

Основни разлози настанка интегрисаних облика међуопштинске сарадње јесу потреба за вршењем јавних служби у погледу којих постоје ограничени ресурси локалних самоуправа, као и потреба за повезивањем у оним срединама где постоје чвршће природне, економске или друштвене везе, или међузависност између општинских јединица.¹ Интензитет потреба одређује и степен и опсег интеграције. Поповић даје одређење усмереног простора као једног од критеријума регионализације, који у овом контексту посматрамо као један од основних фактора повезивања. „Главни регионални град врши размену са селом и мањим градовима сателитима који му гравитирају. На тај начин се образује регион око главног регионалног града. Пошто се заснива на појму односа и веза и размене,

1 Илић (2001: 130–131) наводи проблеме до којих долази у случајевима спајања већег броја насеља која представљају посебне општине у једну агломерацију коју не прати промена територијалне организације. Свака општина представља целину за себе која не стоји ни у каквом посебном односу са осталим општинама у агломерацији. Периодични састанци градоначелника и други форуми не резултирају доношењем правно обавезујућих аката. Посебне организације изискују и веће трошкове. Положај општина које се налазе у центру агломерације је тежи јер су њихове обавезе у погледу одређених служби (школе, болнице, позоришта, библиотеке, комуналне службе) које користе становницима целе агломерације много веће. Поред тога, у централним деловима већина становништва остварује зараду, коју троши и на коју плаћа порез углавном у периферним деловима који су стамбеног карактера и сл.

поларизовани регион нема јединствен карактер. Он се напротив дефинише као хетерогени простор, чије су различите стране комплементарне и ступају у однос између себе, а посебно са доминирајућим половима, са којима се врши размена у већој мери него са суседним регионом. То је, коначно, место за размену добара и служби, чији је унутрашњи интензитет виши у сваком погледу у односу на спољашњи интензитет“ (Поповић, 1983: 15).

Имајући у виду да је економски аспект, који се састоји у потреби да се путем заједничког планирања и координације оствари бржи, хармоничнији и континуиран развој више међусобно повезаних јединица, нешто израженији код овог облика сарадње, долази се до истог оног критеријума који условљава настанак региона као посебних аутономних или самоуправних територијалних заједница (Ђурђевић, 2003: 33), што овом облику даје и посебан карактер. Постоје и случајеви где се, зарад успоставе складнијег управног апарата, односно обезбеђења одређене прегледности, контроле и одговорности, са вишег нивоа успостављају функционалне територијалне целине базиране на одређеним критеријумима, у оквиру којих долази до међуопштинског повезивања (пример Холандије, Француске, Белгије, Финске, Шведске).

Децентрализација је један од основних фактора који узрокује потребу за интегрисаном сарадњом. Локалне самоуправе, које су снабдевене већим надлежностима, нису увек способне да своје послове обављају на уједначен начин, односно природа тих послова захтева шири територијални или популациони основ. По правилу, полурегионалне заједнице настају у оним системима где локална самоуправа располаже већим нивоом надлежности. Централизована локална самоуправа лишена је могућности да путем међусобног повезивања ствара заједнице које би имале нека регионална обележја у функционалном смислу. Такође, у условима наглашене оскудице јавних средстава и изражене потребе за смањењем јавне потрошње, јединице локалне самоуправе су принуђене да се прилагоде економским принципима вршења одређених послова, те као једно од средстава тог прилагођавања врше интеграцију која, барем у погледу смањених трошкова, може да представља економски оправдано поступање. У условима када сваки економски субјект врши економско и функционално прилагођавање новим економским захтевима, таква потреба се јавља и код локалне самоуправе. „Јавне услуге траже јединствено обављање на већој територији да би се исплатиле. Отуда потреба за партнерским и функционалним интеграцијама локалних заједница кроз градове, округе, регионе и функционалне дистрикте у циљу остварења заједничких потреба које самостално не би могле да реализују. Користе се локалне

компаративне предности, повезују недовољно развијени крајеви и активирају неискоришћени људски ресурси у продуктивни циклус кроз међурегионалну и међуопштинску мобилизацију“ (Димитријевић, 2005: 91).

Историјски посматрано, повезивање људских заједница у шире целине на одређеном простору који условно можемо означити регионалним, старије је од самог државног организовања. Такве регионалне заједнице представљале су прве облике ширег повезивања људских заједница (Ђурђевић, 2003: 33). Иако су потребе које су условљавале повезивање примарних заједница – које је претходило државном организовању – присутне и данас, сходно условима постојећег друштвено-економског развоја, добровољно повезивање у заједнице снабдевене надлежностима за регионално планирање или вршење послова ширег опсега од постојећих јединица локалне самоуправе данас представља изузетак у односу на институционализацију неког вишег нивоа.² Регионалне међуопштинске заједнице пре представљају додатак постојећем вишестепеном уређењу, где оно показује извесне слабости (Холандија, Француска, Белгија, Шведска) или облик његове делимичне замене у условима једноступене самоуправе (Финска).³ Децентрализовано вршење јавних послова у многим случајевима захтева прилагођавање територијалне организације новим надлежностима. Успостављање новог територијално-политичког нивоа представља једно од најосетљивијих питања у скоро свакој држави. Тешко је идентификовати државе у којима су радикално изведене територијалне реформе. Напротив, анализом различитих територијалних реформи у европским државама у двадесетом веку, може се установити да је свака од њих вршена постепено, са одређеном стратегијом, мерењем ефеката, уважавањем локалних специфичности, поштовањем традиција, економском логиком, већим или мањим демократским приступом, те скоро без изузетка са ограниченим ефектима по постојећу територијалну основу.⁴ Из овог случаја, скоро по правилу можемо искључити промене до којих је

2 Пусић наводи два структурална одговора на питање величине локалних јединица: степеновање и повезивање. Модерна тенденција је према мањем броју ступњева јер такве „самоуправе над самоуправама“ често знају развити централистичке тенденције, које гуше аутономију основних јединица. Као основне предности повезивања наводи већу еластичност и прилагодљивост (Пусић, Иванишевић, Павић и Рамљак, 1988: 280).

3 О облицима интеграције локалних самоуправа више у: Иванишевић (2009: 669–719).

4 Пример Холандије, Белгије, Данске, Норвешке, Финске, Италије, Шпаније, Португалије, Немачке, Француске, Аустрије итд. Један од изузетака представља пример Шведске где су постојале радикалне промене у територијалној организацији (број општина је смањен са 2.500 у 1952. години на 278, док је мапа округа остала иста каква је постојала још у седамнаестом веку). (Комшић, 2007: 132)

долазило путем одређених револуционарних захвата у контексту крупних друштвено-економских и политичких промена. Ма колико теоријски било оправдавано, економски исплативо, демократски легитимисано, увођење нових нивоа најчешће је отежано услед страха од настанка сепаратистичких тенденција, повећања административног апарата и јавне потрошње, оскудних ресурса или пак „пражњења“ садржаја локалне аутономности. Чак и тамо где би се увођењем посебног нивоа створила потребна основа за додатну децентрализацију, то није ишло на уштрб локалне аутономије, или се пак водило рачуна да то буде у одређеном избалансираном облику (пример Француске или Холандије).

Урбанизација посебно условљава потребу за стварањем међуопштинских заједница које би преузеле надлежности планирања, координације и вршења служби од заједничког интереса. Наиме, динамичност урбанизације од средине двадесетог века наовамо, поспешена наглим развојем индустрије, саобраћаја, трговине, услужних делатности, овај процес чине све више стихијским, упркос напорима да се он сведе у реалне, национално или регионално прихватљиве оквире. Велики градски центри стичу и велику гравитациону снагу, не само у погледу околних сеоских подручја, него и у оквиру читавих територијалних целина, које се географски могу означити регионима. Концентрација становништва на релативно малим подручјима узрокује појаву нових захтева и потреба. Градски центри постају заинтересованији за јачање околних подручја као снабдевачких пунктова, односно места за дислокацију својих инфраструктурних или индустријских објеката и постројења, а околна подручја нужно усмерена ка градским центрима у којима остварују све већи број својих потреба (образовних, културних, здравствених, потреба за запошљавањем, снабдевањем).⁵ Такође, у тзв. сателитским насељима одвојено је место становања од места рада, место у којем се остварује зарада није и место у којем се троши њен претежни део, односно место где се плаћа порез, непостојање координације и планирања може да створи саобраћајне, комуникационе, еколошке, комуналне проблеме, могућност диференциране фискалне политике локалних власти ствара конкуренцију и може да произведе конфликт међу зависним заједницама итд. Поред економских, социјалних и политичких последица које овај процес може да има, он отвара и питање правног положаја таквих средина, што може да резултира, у најопштијем, правном интеграцијом центра и периферије у једну унитарну јединицу или јединицу вишег степена, увођењем политипске локалне самоуправе, са посебним положајем

5 Више о томе у: Илић (2001: 104–106 и 129–137).

градских јединица, формирањем посебних управних органа...⁶ Ипак, постоје и случајеви где не постоје посебне јединице које би обухватале и градски центар и подручја која му гравитирају. Уосталом, чак и условима честих промена територијалне основе, процес урбанизације није могуће у потпуности контролисати. Један део подручја којег спајају блиске везе са градским центром увек би остао изван нове интегрисане јединице. У том случају, међуопштинске организације путем којих би се интегрисало вршење одређених послова представљају нужно решење, што потврђује пракса у свим заједницама које карактеришу напред описана својства.⁷ Основна поља интеграције углавном су урбанистичко, просторно, развојно, стамбено планирање, службе од заједничког интереса (градски саобраћај, снабдевање водом, канализациони системи, средње образовање, секундарна здравствена заштита, одређена поља социјалне заштите, координација фискалне политике - политике пореских стопа, политике цена јавних добара итд). Овакве интеграције захтевају комплексан организациони апарат, са одређеном политичком легитимацијом, професионални кадар и знатна финансијска средства. Оне некад могу водити и ка настанку гломазних управних апарата у великим градским срединама, односно ка диспропорцији између таквих средина и околине, нарочито у случајевима где су територијално-политичке заједнице у којима се налазе мале, стога није омогућено њихово формирање.⁸

Чврсто интегрисана међуопштинска сарадња која подразумева заједничке органе, функције и средства, укључујући и регионално планирање поспешена је условима приступа финансијским средствима која се реализују у оквиру регионалне политике ЕУ. Она је начин да се подигне квалитет јавних услуга на ниво стандарда ЕУ. Утицај овог фактора видљив је у међуопштинском повезивању у Немачкој, Холандији, Португалији, Финској, али и у земљама које су прошле процес транзиције. Европска структурална политика све више охрабрује међуопштинску сарадњу под принципом партнерства који имплицира и сарадњу између субнационалних власти и приватних чинилаца у имплементацији регионалне развојне политике.

6 Више о томе у: Јовичић (2006: 66 и даље).

7 Пример појединих агломерација у Немачкој, Белгији, Холандији, Француској, Шпанији.

8 Метрополска заједница Билбао највећа је урбана област Баскије, са више од милион становника и са преко 30 општина. Највећи је град Билбао са око 380.000 ст. Без обзира на заједничке економске, социјалне и еколошке изазове, Билбау недостаје градски ниво власти. Популација Метрополитан Билбао представља главни удео аутономне заједнице (50%) и провинције Бисај (85%), па би снажна метрополска администрација лишила ове две власти стварне снаге и утицаја. Постојећа сарадња се остварује путем класичних јавноправних форми које обједињују читав низ локалних служби (Font, Gutiérrez Suárez и Parrado-Díez, 1999: 19-21).

3. Компаративни преглед регионалних међуопштинских заједница

Полурегионалне заједнице постоје у неколико европских држава. Иако у свакој од њих оне поседују и посебна обележја, постоји неколико аспеката који су им заједнички, а на основу којих се могу извући закључци о карактеру овог облика међуопштинске интеграције. Полурегионалне заједнице представљају јавноправне субјекте. Слично као и код других заједничких организација, оне представљају интегрисане механизме путем којих се врше одређени послови из општинског изворног или повереног делокруга. Поред вршења мноштва заједничких јавних служби, ови облици поседују и стратешке функције, укључујући и јавна овлашћења. То су углавном функције планирања (просторно, урбанистичко, развојно планирање у надлежности локалне самоуправе) и координације локалних политика. С обзиром на то да представљају јавноправне колективитете, закон који их установљава као могуће облике удруживања скоро увек одређује листу обавезних надлежности. Поред обавезних, општине увек имају могућност да овој заједници повере и додатне надлежности. Такође, организациони аспект заједнице је углавном оквирно уређен, уз могућност прилагођавања потребама општина. Организациони аспект може да укључује набрајање органа, оквирно одређење улоге, облике партиципације, обезбеђење политичког легитимитета. Интегрисани механизми подразумевају посебне органе, у којима партиципирају укључене општине и евентуално други субјекти. По правилу органи укључују једно колективно тело - савет у којем партиципирају општински представници. У погледу одлучивања тог тела не постоје класична решења, углавном су присутни различити облици усаглашавања, већинског или квалификованог одлучивања, потреба за општинским потврђивањем одређених аката итд. Такође, постоје и одређени органи који извршавају одлуке савета и руководе радом заједнице, које савет бира и који му одговарају за свој рад. Чешће су инокосног карактера, мада су могући и другачији случајеви. Поред тога, за обављање послова који су поверени овим заједницама оснивају се службе, организационе јединице, ангажује се особље, успоставља систем унутрашње организације и интерних аката.

Територијални ентитети јавног права, настали путем међуопштинске сарадње у Француској по први пут су установљени законима усвојеним 1968. и допуњеним 1992. године, а реформисани су 1999. године. Деведесет три посто од укупно 36.682 француске општине припада *Communauté* (87,3% од укупног становништва) (УНДП, 2009: 16). Постоје три врсте ових заједница: 1. *Communautés de communes* (СС): руралне општине и мали градови (без законског ограничења величине); 2. *Communautés d'agglomération*: већи градови (укупно више од 50.000 становника, са

градовима од најмање 15.000 становника). Обавезне надлежности јесу: планирање коришћења земљишта, економски развој, стамбена политика, урбанизам и спречавање криминала. Они такође морају имати најмање три опционе надлежности од предвиђених пет (нпр. јавна чистоћа, ауто-путеви, спортски и културни објекти итд.); 3. *Communautés urbaines* (CU): Метрополске области (са више од 500.000 становника). Надлежности су: све обавезне надлежности (CA), као и оне додатне или опционе.⁹ Свака међуопштинска организација у овој држави има веће чији су чланови изабрани од стране општинских већа и извршног бироа који се састоји од председника и одређеног броја чланова, које бира представничко веће. Једна од основних функција већа представника јесте доношење буџета. *Communautés* имају фискалну аутономност, односно своје пореске облике, с тим што је то код CC опционог карактера. У погледу проблема демократског легитимитета међуопштинских заједница које поседују и одређену фискалну аутономност, још од 1968. године постоје захтеви да се за заједнице уведу директни избори. Ово питање је ушло и у законодавну процедуру 2003. године, а захтеви за непосредним изборима постоје и данас.

Финска, као високо децентрализована држава, у којој локална самоуправа поседује широке надлежности, подељена је на 19 региона, плус аутономна покрајина Аланд, око 85 подрегија које конституишу локалне власти и 430 општина. Велике надлежности локалне самоуправе, разлике у величини и броју становника, те изразито слаба позиција средњег нивоа власти условили су развој међуопштинске сарадње која се у интегрисаном облику, са посебним правним субјективитетом јавила још 1930. године (Коргић, 2009: 665). Најважнија регионална институција је регионални савет који је надлежан за регионално планирање и економски развој.¹⁰ Регионални савети немају фискални суверенитет нити регулаторну функцију. Њихов значај почива на важној улози у регионалној политици ЕУ. У Финској постоје још два удружења заснована на међуопштинској сарадњи. То су 17 регионалних дистрикта који се старају о инвалидима, а постоји и 20 регионалних болничких округа, који су надлежни за обезбеђење посебних здравствених услуга. Подрегионалне заједнице функционишу на темељу општинске кооперације која постаје све чешћа и разноврснија, али и флексибилнија. Надлежности ових заједница садрже планирање употребе

9 Међуопштинске организације у Француској не могу преузети додатне функције без претходног договора општина. С друге стране, након што је пренесена функција из општине на међуопштинску организацију, општина више нема право да је врши.

10 Чланови регионалних савета се бирају од стране чланова општинских представничких тела.

земљишта, политику економског развоја, комуникациони систем, заштиту животне средине и сл. За област Хелсинкија постоји посебан закон о међуопштинској сарадњи, у форми посебне регионалне заједнице (Hulst и Van Montfort, 2007: 40–43).

У Шведској постоје различите, законски уређене форме међуопштинске сарадње, као што су заједнички споразуми, заједнички одбори и удружења који могу да обухватају оба нивоа локалне самоуправе, општине и округе. Улазак у ЕУ, приступ фондовима и недостаци ресурса подстакли су захтеве за регионализацијом и повезивањем локалних самоуправа, које неретко превазилази државне границе. Тако настају регионалне мреже чија је функција координација активности и заједничко планирање. Поједина окружна већа се повезују и стварају заједничке органе, који остварују регионалну функцију (Монтин и Амна, 2002: 103). Такође, у Шведској се заговарају и приступи којима би се шира регионализација спровела путем стварања међуопштинских заједница којима би се повериле поједине функције одељења државне власти у окрузима и функције постојећих окружних већа, или алтернативно преношење надлежности државних одељења на окружна већа чији би се број потенцијално смањило. Ипак, такав приступ би захтевао корените промене управног система.

Један од примера регионалних међуопштинских заједница јесу урбане заједнице у Холандији. У овој држави су успостављена два институционална облика сарадње као одговор на потребу за регионалним планирањем и координацијом локалних политика.¹¹ У урбаним агломерацијама то се обезбеђује путем чврстих корпорација које уживају регулаторна и оперативна овлашћења и значајна финансијска средства. На иницијативу Владе, 1995. године, општине у седам урбаних области успоставиле су заједничке органе. Сталан карактер добиле су са Додатним законом заједничких одредби из 2005. године. Оснивање метрополског заједничког органа представља добровољну одлуку општина. Међутим, уколико општине одлуче да прихвате посебан режим за метрополске власти, то подразумева низ додатних надлежности. Основна мотивација општина да приступе овим заједницама је финансијске природе. Интеграција укључује расподелу финансијских средстава која су им стављена на располагање.¹²

11 Први облик су мање или више слабо формализоване мреже на различитим територијалним целинама. Мреже се одликују ниским степеном формализације, одсуством централних органа и доношењем одлука на основу консензуса.

12 Основне надлежности урбаних заједница јесу: доношење регионалног просторног плана, регионалног стамбеног програма, регионалног плана за заштиту животне средине, регионалног плана за саобраћај, регионалне стратегије привредног развоја, регионалног плана за заштиту деце и омладине, регионалног плана за образовање

Осим тога, ниједан облик надзора се не односи на ефективност међуопштинске сарадње. Урбане заједнице су партнери виших нивоа у великим инфраструктурним пројектима.¹³

У Немачкој, такође, постоје облици међуопштинске сарадње који имају одређена обележја регионалних власти. Увођење регионалног нивоа, упркос израженој потреби у неким покрајинама, није омогућено из разлога што су те покрајине себе сматрале представником регионалних интереса. Ипак, у Доњој Саксонији постоји седам међуопштинских организација које имају функционална обележја региона, са надлежностима у области планирања у читавом низу области и вршења служби регионалног карактера. Регионална удружења општина постоје у ограниченом смислу и у пет других покрајина и покривају углавном шире подручје од административних округа. Израз су традиционалне солидарности, а обављају функције у области културе, здравства, социјалне заштите. Пример таквог удружења јесте удружење Палатинат у покрајини Рајна-Палатинат. У 12 покрајина постоји око 113 региона за планирање, чија се надлежност састоји у састављању регионалних планова (Комшић, 2007: 134). Такође, у метрополским подручјима, као што су подручја око Берлина, Хамбурга, Минхена, Штутгарта и Хановера, постоје мултифункционалне асоцијације локалних јединица које се негде протежу и преко граница покрајина.¹⁴ Основне слабости удружења која имају обележја регионалног нивоа у Немачкој јесу та што се не уклапају у установљене политичко-административне структуре, а оптерећене су и одређеним политичким несугласицама на локалним и покрајинским нивоима.

одраслих, давање концесија и субвенција за јавни превоз и развој нових градилишта. Hulst и Van Montfort, 2007, стр. 160.

13 Иако представљају чврсто интегрисану, законски уређену, садржајну и финансијски подстицану сарадњу, учинак метрополских власти није у потпуности остварио очекивања, што је последица њихове „институционалне двосмислености“. С једне стране, власти су снабдевене низом јавних овлашћења и ресурса који им омогућавају да ефикасно координирају локалне политике. С друге стране, њихови одбори, као најважнији органи, састоје се искључиво од представника из локалних већа. Њима недостаје демократски легитимитет да наметну своје одлуке општинама и углавном своју улогу остварују као политички посредници који покушавају да обезбеде консензус међу укљученим општинама (Hulst и Van Montfort, 2007: 160 и даље).

14 Асоцијација града Штутгарта је сматрана за најнапреднији модел развоја. Преузела је функције регионалног планирања простора, саобраћаја, одлагања отпада и координирања регионалног економског развоја, као и туристичког маркетинга. Састоји се од града Штутгарта и пет суседних округа. Једна од његових посебних карактеристика је да се регионална скупштина састоји од директно изабраних чланова. Регион Штутгарт ипак није структуриран као независан ниво и због тога зависи од чланова.

4. Међуопштинске заједнице као облик регионализације

У свим наведеним случајевима, уз уважавање њихових специфичности проистеклих из посебног историјског, политичког, административног, територијалног економског амбијента, можемо констатовати да се ради о сталним организацијама које поседују функције од регионалног значаја. Иако су оне неретко резултат правно обавезујуће сарадње, улога општина у њиховом конституисању и управљању квалитативно је другачија у односу на више нивое територијалне организације. Степен аутономности укључених локалних самоуправа у успостављању и функционисању ових заједница је различит. Пресудно је одређен околностима које опредељују међуопштинску сарадњу унутар једног правног система. Његова наглашена јавноправна природа указује на особеност појавних облика, не само међу различитим државама него и у оквиру исте државе (пример Француске, Финске, Немачке).

За разлику од организационог, у погледу функционалног аспекта, који овај облик чини посебном врстом међуопштинске сарадње, има више заједничких карактеристика међу појединим облицима испољавања у различитим државама. У најопштијем, полурегионалне заједнице увек поседују сопствене надлежности, као и ресурсе за њихово остваривање. Надлежности ових организација подразумевају заједничко планирање у читавом низу области. Сличности у функцијама регионалних међуопштинских заједница произлазе из сличности фактора који условљавају њихов настанак. Имајући у виду да неке од најзначајнијих полурегионалних организација постоје у урбаним срединама (метрополске заједнице у седам урбаних агломерација у Холандији, метрополско веће Хелсинкија, урбане заједнице у Доњој Саксонији, урбане и агломерацијске заједнице у Француској) које представљају усмерен простор са јаким природним, економским, друштвеним и правним везама,¹⁵ али не и јединствену административну јединицу, потреба за заједничким планирањем, координацијом и организовањем служби од ширег интереса представља основно поље сарадње и интеграције. Потреба за сарадњом у сличним областима, али из посебних разлога, постоји и у руралним срединама, тако да се ове заједнице јављају и тамо где се снажно осећа одсуство значајнијег урбаног центра који би имао гравитациону улогу. Потребе за обезбеђењем координисаног развоја, за функционисањем већих служби,

15 Поповић (1983: 14–15) сматра да регионалне заједнице представљају оквир колективног живота, односно последњи ниво на коме се структурирају и координирају различите снаге које интервенишу у привредној и друштвеној активности, а пре националног (вишег) нивоа. Регионална заједница се појављује као просторна пројекција средине, неопходне за повољан развој људских група.

изградњом захтевне инфраструктуре, те за унапређењем конкурентског положаја у привлачењу инвестиција, а посебно у контексту приступа структурним фондовима ЕУ, доводи до чврстих интеграција (пример руралних и мањих градских општина у Француској, ретко насељених области у Финској и Шведској). Полурегионалне организације се, у функционалном смислу, првенствено одликују поседовањем нормативних надлежности. Наведени примери показују да у сваком случају, у мањој или већој мери, ове заједнице врше функцију планирања и координације. Ради се о просторном, урбанистичком, стамбеном, друштвено-економском планирању, а регулаторне надлежности се тичу и животне средине, саобраћаја, здравства, социјалне заштите, цивилне заштите итд. Ипак, ниво надлежности локалне самоуправе пресудно одређује да ли ће међуопштинске заједнице имати регионални карактер. У Холандији, Финској и Шведској та надлежност је широка у мери која омогућава да заједнице које формирају у оквиру јавног права и без додатних, поверених надлежности, могу да садрже и више но што у појединим државама поседују непосредно виши нивои од основне локалне самоуправе. Функције полурегионалних заједница обухватају и вршење управне делатности. Оно што полурегионалне заједнице у свим анализираним случајевима одликује и чини специфичним и другачијим у односу на друге облике јавноправних удружења јесте њихова мултифункционалност.¹⁶ Скоро по правилу, поред функције планирања и координације у различитим областима, ове заједнице управљају и различитим службама, те врше одређене административне послове.

Стална организација, систем органа, мултифункционалност, регулаторна и друга јавна овлашћења (која могу да укључују и сопствене порезе), територијални опсег, чине их веома сличним регионалним заједницама. Уколико пођемо од става да се под регионализацијом подразумева мноштво појавних облика, чије су заједничке тачке некад и сувише ретке, те да се она у најопштијем може класификовати на три типа: 1) регионализацију без стварања регионалног нивоа; 2) регионалну децентрализацију; 3) политичку регионализацију (Комшић, 2007: 130), онда у облицима међуопштинског повезивања које поседује одговарајуће организационе и, још важније, функционалне карактеристике можемо препознати облик регионализације, у првом поменутом типу.

16 У сврху илустрације, Декларација о регионализму у Европи у додатку члана 3 наводи да су то: регионална привредна политика, регионално планирање, изградња и стамбена политика, телекомуникације и саобраћајне инфраструктуре, енергија и заштита животне средине, пољопривреда и рибарство, образовање на свим нивоима, универзитети и истраживачки рад, култура и медији, јавно здравље, туризам, слободно време и спорт, полиција и јавни поредак. Из наведеног се може уочити да полурегионалне заједнице у анализираним примерима обухватају већину ових питања.

Ипак, утемељеност оваквих заједница међуопштинским споразумом, а не уставом или законом, као актима са снагом утемељења других власти, једно је од основних обележја која их чине особеним. И поред законске институционализације, увођење у правни поредак ових заједница врши се путем међуопштинског споразума. Ма колико да локална самоуправа била снабдевена надлежностима које преноси на ове заједнице, односно колико овлашћења да било поверено од стране државе (што у анализираним примерима овај облик сарадње приближава посебном нивоу организације власти), њихово утемељење се, и поред одређеног формалног критеријума, заснива на споразуму појединих локалних самоуправа чије је право „установљавања“ знатно уже. Зависно од законских решења која ограничавају или намећу њихов територијални опсег, постоји и могућност да поједине општине не буду обухваћене, односно да се ове заједнице формирају само на делу територије државе чије их законодавство познаје, или да неке од њих буду и сувише малог територијалног опсега. Стога, прикладнији термин за ове заједнице јесте да су оне полурегионалне.

Одређени међународни документи, за које се наглашава да представљају кодификацију добрих пракси и уобличиће могућих заједничких именована територијалних заједница које би се могле сматрати регионалним, инсистирају на формалном критеријуму. Декларација о регионализму у Европи, коју је усвојила Скупштина европских региона 1996. године наводи: „Регион је признат у националном уставу или закону којим се гарантује његова аутономија, идентитет, овлашћења и организациона структура.“¹⁷ Овај документ инсистира и на пуном демократском легитимитету региона, предвиђајући директне изборе представничког тела.¹⁸ Слично је и са Европском повељом о регионалној самоуправи, коју је усвојио Конгрес локалних и регионалних власти,¹⁹ као и са нешто флексибилнијом Хелсиншком декларацијом о регионалној самоуправи.²⁰ Иако се наглашава да принципи утврђени наведеним документима пружају довољан оквир за

17 Декларација о регионализму у Европи, 1996, чл. 1, тачка 2.

18 Ibidem, чл. 2, тачка 2 и 3.

19 Европска повеља о регионалној самоуправи, 1997, чл. 2: „1. Принцип регионалне самоуправе у највећој могућој мери признаје се у уставу. 2. Делокруг рада регионалне самоуправе одређују искључиво устав, статуту региона, национални или међународни закон.“

20 Хелсиншка декларација о регионалној самоуправи наводи да, „тамо где она постоји, регионална самоуправа је део демократске управе и на тај начин регионалне власти, након што су успостављене, морају да задовоље минималне стандарде демократског уређења, као и да добију законске надлежности и могућност, у уставном и законском оквиру, да уређују и воде део јавних послова у њиховој надлежности, у интересу својих грађана, а у складу са принципом супсидијарности.“

прилагођавање приликама у различитим државама, релативно опсежна регулатива не даје сувише простора за прилагођавање суштинских захтева, а они су углавном базирани по узору на институционални регионализам у Шпанији и Италији. Не улазећи у анализу поменутих докумената, можемо нагласити да јавни послови који захтевају „регионална“ решења постоје без обзира да ли, и у којем облику постоји ниво власти између општина и саме државе којој би били поверени. Алтернатива централизованом вршењу тих послова састоји се у њиховом поверавању у надлежност неком регионалном нивоу. У условима непостојања историјског индивидуалитета или других јасних и довољно одређених географских, економских и друштвених критеријума по којима би се спровела регионализација, односно увео виши степен самоуправе на ширем подручју, уместо политичке арбитражности која често представља једини критеријум територијалне реорганизације, могућност појединачних локалних самоуправа да препознају своје интересе и њихову комплементарност са другим јединицама, те да их путем законски спецификованих форми и уз одређена територијална ограничења и подршку државног нивоа спроведу путем стварања садржајних функционалних заједница, може да представља једно од решења регионализације. Уосталом, начини остваривања регионалних потреба (појавни облици регионализације) јесу у тој мери међусобно различити да би се свако уобличавање те праксе могло сматрати само оријентиром у избору национално и, с обзиром на значај локалне самоуправе, локално прихватљивом облику институционализације региона. Свакако да питање вршења јавних послова, нарочито када они подразумевају нормативне акте или фискалну аутономност, подразумева и демократски легитимитет. Ипак, у данашње време, услед велике диференцијације управне делатности,²¹ нису ретки случајеви поверавања низа јавних овлашћења различитим службама, регулаторним телима и другим облицима функционалне децентрализације који уживају значајан степен самосталности, а не поседују демократски легитимитет. Ипак, ово питање није једнозначног карактера, те као такво заслужује и посебно разматрање. Међутим, недостатак демократског легитимитета ових заједница у суштини их чини хибридни. Постојали су бројни захтеви у свим земљама где ове заједнице постоје, некад чак и у законодавној процедури, да се уведу непосредни избори за органе ових заједница. Ипак, таква врста легитимитета би у суштини створила нове облике локалне (регионалне) самоуправе,²² што би озбиљно могло

21 Више о томе у: Пусић (1989: 40).

22 Марковић (2008: 403) наводи: „Територијална децентрализација у ширем смислу је народна самоуправа, која, у зависности од величине територије на којој се конституише, може бити локална самоуправа (у локалним заједницама) и регионална

да угрози аутономију локалних самоуправа које чине овакве заједнице и које су дужне да чувају њихове интересе, што се углавном обезбеђује путем делегирања. Поседовање јавних (посебно регулаторних) овлашћења без демократског легитимитета, уз претходно наведене карактеристике, овај облик интегрисане сарадње чини полурегионалним квазивластима.

5. Завршна разматрања

Поред свих околности које уопште условљавају међуопштинску сарадњу, за њен најинтегрисанији облик могло би се навести и да се одликује већим степеном међузависности на одређеном простору. Одсуство средњег нивоа власти, односно, вишег степена локалне самоуправе (Финска), његова слаба улога, неадекватне границе са становишта потребе за регионалним планирањем, координацијом и функционисањем одређених служби (пример Холандије, Француске, Шведске, појединих покрајина у Немачкој) – или приступ фондовима ЕУ или државним грантовима – условљавају настанак полурегионалних заједница (Вучетић, 2009: 417–418). Такође, ширина надлежности локалне самоуправе обликује процес њиховог удруживања. Полурегионалним заједницама су увек поверени и неки послови са вишег нивоа, односно, прописана законска могућност или обавеза општинама да поверене надлежности концентришу.

Примери држава у којима постоје сталне међуопштинске организације са сопственим надлежностима, у погледу којих подсећају на регионалне власти, указују на оријентацију очувања локалне аутономије тамо где се као неопходно појавило питање прилагођавања територијалне основе новим надлежностима, тј. територијална консолидација. У овим случајевима, она се не остварује наметањем с централног нивоа, већ путем међуопштинског повезивања, у већој или мањој мери подстицаног, усмеравањем или ограниченог одређеним законским интервенцијама, као што су обавезне међуопштинске надлежности, регулација могућих организационих облика, захтевањем одређене демократске легитимације и систем финансијских подстицаја.

Речју, потреба за овако чврстим облицима повезивања, које неминовно доводи до одређеног степена концентрације и смањења локалне аутономности посматрано са становишта укључених општина, резултат је државне интервенције или подстицања која у одређеним обележјима имају и елементе принудног обједињавања, али и настојања самих локалних

територијална аутономија (у ширим заједницама, регионима). Ту нема никаквог преношења државних послова, него самоуправног обављања локалних и регионалних послова, као својих послова (оригинерних, непренесених).“

самоуправа да избегну наметање територијалне реорганизације која би резултирала обједињавањем и губитком посебног субјективитета, односно, увођења новог нивоа који би нужно захватао део локалне аутономије, са разликом да општине које би биле обухваћене не би остваривале контролу, партиципацију, утицај који имају у погледу међуопштинских организација.

Имајући у виду постојање асиметричне децентрализације, једноступеност локалне самоуправе, као и неуједначеност капацитета и развоја њених јединица у Србији, могла би се размотрити нека од решења међуопштинске сарадње као средства за обезбеђење регионалних потреба у државама које карактеришу слична решења, односно проблеми, без задирања у уставни концепт децентрализације или увођења нових нивоа власти, што је до сада углавном предлагано.²³ Уосталом, организациону основу за таква решења можемо наћи у проширењу улоге и организације постојећих савета управних округа и међуопштинских развојних агенција, те у проширењу улоге међуопштинског договарања у политици равномерног регионалног развоја, комуналним делатностима, водоснабдевању, управљању отпадом, пољопривреди, туризму и социјалној заштити.

Литература

Вучетић, Д. (2009). Међуопштинска сарадња као вид територијалне реформе. *Правни живот*, 58 (11). 411–424

Димитријевић, П. (2005). Менаџмент локалне самоуправе. *Правни живот*, 54 (10). 89–109

Ђурђевић, А. (2003). *Локална самоуправа*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Илић, М. (2001). *Град у локалној самоуправи*, Ниш: Балкански центар за изучавање локалне самоуправе

Ivanišević, S. (2009). Stupnjevanje lokalnih samoupravnih jedinica. *Hrvatska javna uprava*, 9 (3). 669–722

Јовичић, М. (2006). *Локална самоуправа (Изабрани списи М. Јовичића – књ.2)*, Београд: Службени гласник; Правни факултет

Комшић, Ј. (2007). *Принципи европског регионализма*, Нови Сад: Асоцијација мултиетничких градова југоисточне Европе – ПХИЛИА

²³ О настанку, развоју и садржини идеја о регионализацији у Србији више у: Лончар (2009: 333–344).

Koprić, I. (2009). Lokalna samouprava i lokalni službenicki sustavi u Austriji i Finskoj. *Hrvatska javna uprava*, 9 (3). 661–668

Лончар, З. (2009). Настанак и развој идеје о регионализацији Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 43 (2). 333–344

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду; Службени гласник

Montin, S., Amna, E. (2002). Закон о локалној самоуправи и реформе локалне самоуправе у Шведској. У М. Дамјановић (Ур.), *Упоредна искуства локалних самоуправа* (стр. 89–111). Београд: МАГНА АГЕНДА

Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shaffner, K., Mozur, M. (2006). *Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners*, Bratislava: UNDP

Поповић, С. (1983). *Регионализација у свету и код нас – правни аспект*, Београд: Републички завод за јавну управу

Пусић, Е. (1989). *Наука о управи I*, Загреб: Народне новине

Пусић, Е., Иванишевић, С., Павић, Ж., Рамљак, М. (1988). *Управни системи*, Загреб: Народне новине

Font, J., Gutiérrez Suárez, P., Parrado-Díez, C. (1999). *Intergovernmental Partnerships at Lokal Level in Spain: Mancomunidades and Consortia in a comparative Perspective*, Paris: OECD

Hulst, R. Van Montfort, A. (eds.) (2007). *Inter-Municipal cooperation in Europe*, Dordrecht: Springe

Darko Golić, Ph.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University of Business Academy, Novi Sad,

Inter-municipal Communities as Semi-regional (Quasi) Governments

Summary

In this paper, the author discusses specific forms of integrated inter-municipal cooperation in some European countries which have certain characteristics of regional governments. Relying on the analysis of different forms of this inter-municipal cooperation, the author elaborates on some common features underlying these communities, with specific reference to their functional aspects. Bearing in mind that the imminent needs for regional planning, coordination of local policies and operation of regional offices are exercised through different institutional solutions, we point out that it is possible to provide an appropriate institutional and decentralized framework for accomplishing these goals even without changing the existing territorial organization system. Although the entities that are created through these specific forms of inter-municipal cooperation cannot be designated as territorial-political units in institutional terms, this is what they are from a functional point of view.

Keywords: inter-municipal cooperation, regionalization, local self-government

II СУДСКА ПРАКСА

Анђелија Тасић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

КОМЕНТАР СУДСКЕ ОДЛУКЕ
UDK: 347.426.4:342.726-056.26
UDK: 347.91/.95:342.726-056.26

Рад примљен: 31.03.2014
Рад прихваћен: 30.04.2014.

**НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ У
АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИМ ПАРНИЦАМА–
КОМЕНТАР СУДСКЕ ОДЛУКЕ****

Апстракт: У раду су анализирани одлуке првостепеног, другостепеног и ревизијског суда донете у парничном поступку који је спроведен по тужби због дискриминације на основу инвалидитета. Отворено је питање параметара по којима судови одлучују о постојању основа за досуђивање накнаде нематеријалне штете, као и критеријума по којима се висина те накнаде одређује. Основна хипотеза рада јесте да, наспрам права судије на слободно судијско уверење, стоји право странке на јасно и аргументовано образложење донете одлуке. Указано је на улогу суда у сузбијању дискриминације у друштвеним односима.

Кључне речи: антидискриминационо право, нематеријална штета, особе са инвалидитетом.

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** 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.

Уводне напомене

Поступак у парницама за заштиту од дискриминације представља релативно нов посебан парнични поступак чија су правила прописана трима посебним законима.¹ Иако је прошло више од деценије од доношења првог антидискриминационог закона², а осам³, односно пет од доношења наредних⁴, судска пракса у овој области више је него скромна. Из тог разлога, свака донета судска одлука представља значајан допринос развоју антидискриминационог права.

Одговорност на судовима који доносе прве одлуке у поступцима у парницама за заштиту од дискриминације је велика. Са једне стране, управо прве пресуде су смерница и модел другим судијама приликом одлучивање, а, са друге стране, начин на који суд пресуђује, као и са тисфакција која се оштећеном пружа, могу да делују стимулишуће или обесхрабрујуће на дискриминисана лица приликом доношења одлуке о покретању парничног поступка. Имајући то у виду, суд мора брижљиво да размотри околности сваког конкретног случаја, као и индивидуални и друштвени значај учињене повреде права на недискриминацију.

Иако сматрам да готово свака пресуда у парницама за заштиту од дискриминације завређује пажњу научне и стручне јавности, определила сам се за одлуку донету према одредбама ЗДИ, која илуструје могућност дискриминисаног лица да оствари право на накнаду нематеријалне штете, као и на начин на који се висина те штете одређује.

Пре него што буду изнете околности конкретног случаја, пажњу треба скренути на пар појединости, како из сфере антидискриминационог, тако и из сфере облигационог права.

У време подизања тужбе, 2008. године, на снази је био само ЗДИ. Ова чињеница је од значаја, будући да се на поступке у парницама за заштиту од дискриминације особа са инвалидитетом, осим правила тог посебног

1 Све посебне парничне поступке можемо поделити у три категорије: оне чија су правила садржана у Закону о парничном поступку, оне који су регулисани посебним законом и посебне поступке пред државним судовима поводом поступка пред недржавним судовима (Станковић, 2010: 70).

2 Закон о заштити права и слобода националних мањина, „Сл. гласник СРЈ“, бр. 11/2002, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003-Уставна повеља, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2009 – др. закон и 97/2013-одлука УС.

3 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл. гласник РС“, бр. 33/2006, у даљем тексту и ЗДИ.

4 Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009, у даљем тексту и ЗЗД и Закон о равноправности полова, „Сл. гласник РС“ бр. 104/2009, у даљем тексту и ЗРП.

закона и општих правила Закона о парничном поступку⁵, од доношења ЗЗД, примењују и процесне одредбе овог закона (чл. 26. ст. 3. ЗЗД). Из тог разлога, одредба о прерасподели терета доказивања (чл. 45. ЗЗД), која је најзначајнија у области антидискриминационог права, није била на снази у време подизања тужбе. Још две одредбе, сада типичне за домаће, али и упоредно антидискриминационо законодавство, нису прописане ЗДИ тако да се нису примењивале у парничном предмету који је предмет анализе. Прва је одредба садржана у чл. 43. којом су прописани видови грађанскоправне заштите која се може остварити у антидискриминационим парницама.⁶ Друга одредба, које нема у ЗДИ, јесте она којом се прокламује начело хитности у антидискриминационим парницама, које се воде према правилима овог закона. Ако се има у виду и чињеница да је овај закон донет много пре последњег Закона о парничном поступку, који је институтом временског оквира парнице⁷ покушао да залечи „рак рану“ домаћег правосуђа, неефикасност, не изненађује податак да је првостепени поступак трајао од априла 2008. до маја 2010. године, другостепени до септембра 2010. године, да би сви правни лекови из система правних лекова парничног процесног права били исцрпљени изјављивањем ревизије и доношењем одлуке по ревизији децембра 2010. године. Док на дужину трајања поступка по жалби и ревизији, имајући у виду домаће стандарде, не може да се стави никаква замерка, период од две године за доношење првостепене пресуде чини се ипак предуг. Ипак, „суђење у разумном року“, елемент права на правично суђење, представља стандард који зависи од неколико параметара: сложености правне ствари, односа (понашања) власти, важности предмета за подносиоца представке/ризика коме је изложен подносилац представке и односа (понашања) подносиоца представке (Петрушић, 2005: 213).

5 Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС и 74/2013 – одлука УС, у даљем тексту и ЗПП.

6 Тако, према чл. 43. ЗДИ тужбом се може тражити: забрана извршења радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења радње дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминације; извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања; утврђење да је тужени према тужиоцу дискриминаторски поступао и накнада материјалне и нематеријалне штете. За разлику од чл. 43. ст. 1. т. 5. ЗЗД, ЗДИ није предвидео могућност истицања публицистичког захтева. То је захтев за објављивање правноснажне пресуде о трошку туженог, најчешће у гласилу са националном покривеношћу. Овај захтев има акцесорни, несамостални карактер, будући да служи као допуна уз главни, декларативни или кондемпнаторни захтев. (О томе, шире: Петрушић: 2010, 169; Водинелић: 2012, 222).

7 Чл. 10. ст. 2. ЗПП.

Како је у конкретној правној ствари која је предмет анализе тужбом тражена накнада нематеријалне штете, ваља подсетити на сврху коју овај захтев има. Сврха накнаде нематеријалне штете јесте, пре свега, сатисфакција оштећеног. За разлику од накнаде материјалне штете која за циљ има враћање у стање пре учињене повреде, код накнаде нематеријалне штете такав вид репарације углавном није могућ. Накнада нематеријалне штете служи задовољењу потреба путем којих ће на неки начин бити омогућено поновно успостављање психичке равнотеже и бар делимично враћање осећаја среће и задовољства оштећеном. Њена сврха је прибављање неке пријатности, радости или неког духовног, чулног или интелектуалног задовољства које ће помоћи оштећеном да лакше преброди кризу у коју је настанком штете запао (Мијачић, 1992: 29). Закон о облигационим односима⁸ у чл. 200. регулише начин одлучивања о накнади нематеријалне штете, на тај начин што наглашава да суд, приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, треба да води рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом. Теорија указује да су надокнаде биле и остале претерано ниске (Радишић, 2008: 281), а пракса, да је потребно постојање узрочно-последичне везе између догађаја којим је штета изазвана и настанка нематеријалне штете, као и уверење суда да је у конкретном случају правично досудити оштећеном лицу новчану сатисфакцију.⁹

У контексту антидискриминционог права, указује се да, имајући у виду да дискриминација често преставља и повреду права на људско достојанство, право на накнаду нематеријалне штете би се у том погледу могло редовно ослонити и на општу одредбу 300, која предвиђа да оштећени има право на накнаду штете проузроковану повредом његовог права личности, права на достојанство, част, углед или повредом другог права личности. (Водинелић, 2012:231).¹⁰

8 Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, «Сл. лист СЦГ», бр. 31/93 и «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 – Уставна повеља“, у даљем тексту и 300.

9 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж.3015/13 од 29.08.2013. године којом је преиначена пресуда Основног суда у Новом Саду посл. бр. П. 4541/2011 од 27.02.2012. године.

10 Наводи се још да је најраспрострањенији образац за дијагностификовање повреде људског достојанства тзв. објект-формула: људско достојанство је повређено онда када се људска јединка деградира на објект, пуко средство, замењиву величину, када се тако третира да се доводи у питање човеков квалитет субјекта (Vodinić, 1989:724).

Напоследку, треба скренути пажњу и на чл. 232. ЗПП према коме, ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или на заменљиву, а висина износа, односно количина ствари, не може да се утврди или би могла да се утврди само са несразмерним тешкоћама, суд ће висину новчаног износа, односно, количину заменљивих ствари да одреди по слободној оцени. Теоријска разматрања иду у правцу тога да предмет одмеравања слободном оценом може бити само висина износа, а ова се одредба нарочито примењује на спорове о накнади вануговорне штете (Рознић, 2009: 587). Међутим, ова законска одредба не може се тумачити на начин да се њоме суд ослобађа дужности да своју одлуку образложи, што је и одлукама домаћих судова потврђено: „И кад одлучује о висини накнаде штете, по слободној оцени, суд је дужан да утврди и да изнесе све околности које су од утицаја на одређивање висине накнаде“¹¹.

Околности случаја:

Тужиље А.А, слепа 77-огодишња особа и Б.Б, њена ћерка, пратиља особе са инвалидитетом, кренуле су међуградским аутобусом на пут. А.А. је поседовала одговарајућу легитимацију којом се потврђује да је особа са инвалидитетом и да има право на повлашћену карту умањену за 75% од њеног пуног износа, а њена ћерка својство пратиоца особе са инвалидитетом која има право на бесплатну карту. Иако су то нагласиле возачу аутобуса, он је одбио да им изда повлашћене карте. Уз то, дошло је до расправе у којој је возач тужиљи А.А. рекао: „Шта ћеш ти стара да се шверцујеш, срам те било“ и инсистирао да обе напусте аутобус уколико не желе да купе карту по пуној цени јер ће, у противном, позвати полицију. Са његовим ставом сложили су се и други путници у аутобусу, који су тражили да тужиље плате пуну цену карте или да изађу из аутобуса да би он најзад кренуо. Како су имале утисак да цео аутобус сматра да су оне особе које желе да се „шверцују“, тужиље су ипак купиле карту по пуној цени.

По повратку са пута, тужиље су подигле тужбу у којој се јављају као обични супарничари, а против аутопревозника који је одбио да им изда повлашћене карте. Тужба је подигнута пред судом посебне месне надлежности, према месту пребивалишта тужиље, особе са инвалидитетом, а у складу са чл. 41. ЗДИ. Тужиље су у тужби истакле следећи тужбени захтев:

захтев за накнаду материјалне штете у износу од 975 динара за тужиљу А.А. и 1300 динара за накнаду материјалне штете тужиљи Б.Б.

¹¹ Одлука Савезног суда, Гсз. 34/81, наведено према Петрушић, Симоновић, 2011: 494.

захтев за накнаду нематеријалне штете у износу од по 120 000 динара на име претрпљеног душевног бола на име повреде части и угледа и захтев за накнаду парничних трошкова.

У току поступка изведени су докази саслушањем странака и сведока, као и увидом у одговарајуће исправе. Од сведока, саслушани су возач аутобуса и супруг друготужиље који није присуствовао догађају. Тужиље су имале пуномоћника. Тужени није оспорио тужбени захтев у делу који се односи на накнаду материјалне штете.

Након што је спровео законом прописан поступак, суд је донео следећу пресуду (*цитат*):

- 1) Обавезује се¹² тужени да на име материјалне штете тужиљи А.А. исплати износ од 975,00 динара, а на тужиљи Б.Б. износ од 1300,00 динара, све са законском законском каматом од 29.03.2008. године.
- 2) Одбија се као неоснован тужбени захтев тужиља да се обавезе тужени да на име нематеријалне штете – претрпљеног душевног бола због повреде части и угледа исплати износ од по 120 000,00 динара са законском затезном каматом.
- 3) Обавезује се тужени да тужиљама солидарно накнади парничне трошкове у износу од 15 800,00 динара, у року од осам дана.

Како је фокус рада на накнади нематеријалне штете, у раду ћу се посебно осврнути на образложење пресуде у делу који се на накнаду нематеријалне штете и односи. Суд подсећа на чл. 155. Закона о облигационим односима којим се нематеријална штете дефинише као наношење физичког или психичког бола или страха, као и на чл. 200. ст. 1. према коме се за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части, слободе и права личности, као и за страх, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају, досуђује правична новчана надокнада независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству. Указује се и на већ наведени чл. 200. ст. 2. 300.

Образлажући своју одлуку о одбијању захтева за накнаду нематеријалне штете, суд констатује да „у конкретном случају, изведеним доказима није утврђено да су тужиље критичном приликом претрпеле душевне болове оног интензитета и трајања које би оправдало досуђивање накнаде

12 Изразу „обавезује се“ стављају се извесне термилошке замерке, па се као адекватнији предлажу термини „налаже се“ или „дужан је“. Аргумент у прилог овој тврдњи јесте тај да се кондемпнаторном пресудом не стварају нови правни односи. Из термина „обавезује се“ произашло би да таква обавеза туженог није раније постојала, већ да је суд ствара својом пресудом (Triva, Dika, 2004: 584).

нематеријалне штете због повреде части и угледа“. Суд још подсећа на дефиницију појмова „част“ и „углед“, а као посебно значајну наводи чињеницу да је аутобус био пун „тужиљама непознатих путника“ и да се реакција путника, у смислу обраћања тужиљама да изађу или плате карту, не може окарактерисати као омаловажавање, те да целокупна ситуација расправе са возачем, иако је произвела несумњиво осећај nelaгодности код тужиља, није исходувала дуготрајним и интензивнијим душевним боловима нити поремећеном психичком равнотежом“.

У образложењу пресуде се ни једном једином речју не помиње Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, а посебно његови чланови 27, 28. и 29. који се тичу дискриминације у вези са превозом.

Неколико закључака може се извести из образложења првостепене одлуке. Најпре, суд није навео ниједан параметар по коме је проценио да душевни болови нису „оног интензитета и трајања које би оправдало досуђивање накнаде нематеријалне штете“. Суд, дакле, није спорио настанак душевних болова, али јесте довео у питање јачину њиховог интензитета. Међутим, чак се ни у сегменту постојања душевних болова не види на који начин је одлучено да су их тужиље претрпеле, што би могло да буде од значаја за тужену страну. Не постоји ниједан јасан, мерљив и опипљив критеријум на основу кога је суд проценио ког су интензитета болови, нити је указао на који начин се душевни болови градирају. Да ли наш закон познаје градацију nelaгода или непријатност па да се може претпоставити да је судија тако рангирао осећања тужиље? Да ли закон помиње „поремећену психичку равнотежу“? Да ли је за постојање дискриминације заиста важно да ли је она учињена пред непознатим или познатим путницима? Да ли је неједнако поступање мање неједнако или више исто ако људе пред којима је она учињена можда више никада нећемо срести, иако су тужиље заправо на пут кренуле из места свог пребивалишта? Да ли би суд могао да направи градацију спрам тога да је у аутобусу био један, три или пет познаника тужиље? Не спорим да судија, по слободном судијском уверењу, може да оцени постојање основа и висине штете када за то постоји довољно елемената. Међутим, наспрам овог његовог права, стоји право странке да јој се јасно и прецизно образложи одлука. Један од разлога за изјављивање жалбе јесте и битна повреда одредаба парничног поступка. У чл. 374. ст. 2. т. 12. ЗПП, између осталог, стоји да битна повреда одредаба парничног поступка увек постоји ако пресуда нема уопште разлога или у њој нису наведени разлози о битним чињеницама или су ти разлози нејасни или противречни.¹³

¹³ У литератури се оправдано указује на проблем да судије некритички приступају сопственом знању и да неретко, и у недостатку квалификација, избегавају да утврђи-

На првостепену одлуку жалбу су уложиле тужиље, у делу који се односи на накнаду нематеријалне штете и накнаду трошкова, и тужени у делу који се односи на накнаду парничних трошкова. Другостепени суд је, без одржавања усмене расправе, преиначио првостепену пресуду на тај начин што је тужиљама досудио износ од по 20 000 динара на име накнаде нематеријалне штете, те умањио износ накнаде парничних трошкова са 15 800 на 15 182 динара. Нашао је да је првостепени суд потпуно и правилно утврдио чињенично стање, али да је материјално право погрешно примењено. Како је другостепени суд оценио, „тужиље су се нашле у врло непријатној ситуацији и трпеле душевне болове због повреде части и угледа јер су у питању старије особе које су желеле да искористе своје право на повлашћену вожњу и притом наишле на такву реакцију возача да су их сви путници у аутобусу гледали као особе које хоће да се шверцују и при том су им говорили „или платите карту или изађите напоље“. Чини се да је једини параметар који је суду био од значаја приликом оцене да ли постоји основ за накнаду нематеријалне штете, заправо, старост тужиља. Суд ниједном једином речју није образложио због чега се захтев тужиља усваја у делу од по 20 000, дакле у 1/6 траженог износа, а одбија у осталом делу захтева. Ако се пође од претпоставке да једна карта кошта 1 300 динара (што се може закључити из дела тужбеног захтева који се односи на накнаду материјалне штете), а да аутобус има 50 места, зарада аутопревозника од карата на линији којом су путовале тужиље у једном правцу јесте 65 000. Дакле, од продатих повратних карата на тој релацији аутопревозник може да заради за један дан 130 000, што је више од појединачног захтева тужиља. Иако материјално стање туженог није критеријум према коме се одређује висина накнаде штете, ова илустрација треба да покаже колико је заправо ниска досуђена сума тужиљама.

Основни приговор који се може упутити суду, као и код пресуде првостепеног суда, јесте непостојање јасних критеријума за оцену висине нематеријалне штете, а имајући у виду и чл. 232. ЗПП.

Правично задовољење оштећеној странци прописано је и чл. 41. Европске конвенције¹⁴. Иако се висина накнаде у пракси Европског суда за људска вање чињеница препусте стручном лицу (Triva, Dika, 2004: 183).

14 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна слобода и права који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Прото-

права може смањити на основу теорије корективне правде, која инсистира на односу тужиоца и туженог или теорије дистрибутивне правде која се односи на допринос тужиоца ситуацији у којој је до штете дошло, овде се ниједна од њих не може применити (Büyüksagis, 2009:2).

Тужиље су, имајући у виду чл. 44. ЗДИ, благовремено изјавиле ревизију на другостепену одлуку. Врховни касациони суд делимично је усвојио ревизију тужиља и досудио накнаду нематеријалне штете у износу од по 100 000 динара по основу претрпљених душевних болова због повреде части и угледа. Иако на први поглед из изреке пресуде не произлази такав закључак, из увида у образложење одлуке види се да је тужиљама напослетку усвојен цео тужбени захтев у делу који се односи на накнаду нематеријалне штете.¹⁵ „Врховни касациони суд применом чл. 200. 300 и 224. ЗПП¹⁶ оцењује да тужиљама припада правична новчана надокнада од по 100 000 динара. Како је другостепени суд при одмеравању висине штете погрешно применио материјално право, Врховни касациони суд је *обавеза*¹⁷ тужену на исплату од по *још* (прим. А.Т) 100 000 динара свакој од тужиља.“ Наглашено је да се ревизија тужиља у осталом делу одбија као неоснована. Одлука о накнади парничних трошкова такође је преиначена.

Приликом образлагања одлуке, тек се Врховни касациони суд позвао на одредбе Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. У образложењу се подсећа на чл. 3. ЗДИ који даје дефиније кључних појмова, чл. 6. ст. 5. ЗДИ који се тиче позивања и навођења на дискриминацију и помагања у дискриминаторском поступању (иако је радња возача сама по себи акт дискриминације, а не навођење другог на дискриминаторско поступање), чл. 9. ст. 1. ЗДИ који се односи на изазивање и подстицање неравноправности или нетрпељивости према особама са инвалидитетом као и чл. 29. ЗДИ, којим се као посебно тежак облик дискриминације по основу инвалидности, издваја узнемиравање, вређање и омаловажавање путника са инвалидитетом у току путовања од стране посаде превозног средства, због његове инвалидности. Упућује се, такође, на чл. 21. ст. 3.

кола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, „Сл. лист СЦГ“ – међународни уговори, бр. 9/2003, (European Convention on Human Rights (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

15 Како ми нису били доступни апсолутно сви списи предмета, из ревизијске одлуке може се закључити да се делимично усвајање захтева по ревизији заправо односи на накнаду парничних трошкова.

16 Садашњи члан 232. ЗПП.

17 Исто као фуснота 9.

Устава Републике Србије¹⁸ који се односи на забрану дискриминације по различитим основима.

Закључне напомене

Из одлука основног, вишег и Врховног касационог суда може се извући неколико закључака.

Први закључак, који се из диспозитива, а посебно образложења пресуда, може извести јесте да су судије слабо упућене у постојање и садржину Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. Сем Врховног касационог суда, ниједан од нижих судова се у својој одлуци није ни осврнуо на постојање антидискриминационог закона, као ни уставних одредби о забрани дискриминације. У друштвима попут српског, где је отпор према мањинским групама велики, а свест грађана о заштити од дискриминације на ниском нивоу, управо правосудни органи треба својим деловањем да покажу да сузбијање дискриминације не зависи од одлуке појединца, већ представља дужност, јасно дефинисану постојећим нормативним оквиром. Док год судови буду игнорисали постојање антидискриминационог законодавства, не може се остварити васпитни значај правосудног апарата.

Сем тога, препознаје се бојазан, ако не и отпор судова приликом досуђивања накнаде нематеријалне штете. Заборавља се основна намена овог вида заштите од дискриминације, а то је сатисфакција оштећеног лица. Уз то, досуђивањем адекватне новчане надокнаде (о чему би јавност била обавештена) постиже се и генерална превенција будућих аката дискриминације.

Свеобухватнија и темељнија обука судија у сфери антидискриминационог права, која не би обухватила само регионалне центре већ и мања места и судске јединице, свакако би допринела разумевању суштине антидискриминационог права, чему би, такође, могло да послужи и периодично објављивање пресуда из ове области ради њене популаризације и уједначавања судске праксе.

¹⁸ Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

Литература

Büyüksagis E. The calculation of damages according to article 41 of the European Convention on Human Rights. (2009). Retrieved: 22, March 2014 from <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=The%20calculation%20of%20damages%20according%20to%20article%2041%20of%20the%20European%20Convention%20on%20Human%20Rights&kimlik=796475330&url=makaleler/ebuyuksagis-2.htm>

Vodinelić V. (1989). Pravo na ljudsko dostojanstvo. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. (supplement broju 5-6, 1989). 713 – 744

Водинелић В. (2012). Садржина грађанскоправне заштите од дискриминације. У Н. Петрушић (Ур.), Судска грађанскоправна заштита од дискриминације (218-238). Београд: Повереник за заштиту равноправности и Правосудна академија

Мијачић М. (1992). Облици накнаде штете. Зборник радова Правног факултета у Нишу. XXXII – XXXIII. 21-29

Petrušić N. (2005). Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti prava na rešavanje građanskopravne stvari u razumnom roku. U: Z. Radivojević (Ur.), Evropski sistem zaštite ljudskih prava: iskustva i novi izazovi (199-211). Niš: Pravni fakultet: Centar za publikacije

Петрушић Н. (2010). Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана. У: М. Петровић (Ур.), Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права: тематски зборник радова (157-170). Ниш: Правни факултет: Центар за публикације

Петрушић Н., Симоновић Д. (2011). Коментар Закона о парничном поступку. Београд: Службени гласник

Poznić B. (2009). Komentar Zakona o parničnom postupku (prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama). Beograd: Službeni glasnik

Станковић Г. (2010). Грађанско процено право – парнично процесно право (прва свеска). Ниш: Центар за публикације

Triva S, Dika M. (2004). Građansko parnično procesno pravo. Zagreb: Narodne novine

Anđelija Tasić, LL.B.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**Non-pecuniary Damages in Anti-discrimination Disputes:
*A Commentary on a Judicial Decision***

Summary

The litigation proceeding in anti-discrimination disputes is a relatively new kind of special civil proceedings whose rules are prescribed in three separate legislative acts. The scarce case law in this area shows that the discriminated persons and other entities authorized to initiate anti-discrimination lawsuits are insufficiently informed about the content of these proceedings and/or insufficiently motivated to initiate such proceedings; on the other hand, the small number of cases points that courts are still reluctant and insufficiently prepared to tackle diverse discrimination issues, which would certainly be a strong and much needed impetus for providing relevant judicial protection against discrimination in civil law. This problem is particularly prominent in anti-discrimination disputes which involve claims for damages.

In this paper, the author analyzes the course of an anti-discrimination lawsuit (initiated on the grounds of disability) and the respective decisions rendered by the first instance court, the second instance court and the Supreme Court of Serbia. The analysis yields a conclusion that courts are rather reluctant, apprehensive and even defiant when it comes to awarding non-pecuniary damages. They seem to disregard the fact that the primary purpose of this type of legal protection against discrimination is to provide just satisfaction to the injured party. In that context, it appears to be necessary to institute relevant judicial training in the field of anti-discrimination law, which would include not only the judges in large regional judicial centers but also those in smaller towns and in local judicial units. It would certainly contribute to a better understanding of the substance of anti-discrimination law, which could be further promoted by a periodic publication of judgments in this area. Ultimately, it would contribute to the popularization of anti-discrimination law and the consolidation of judicial practice (case law).

Key words: anti-discrimination law, non-pecuniary damages, disabled persons.

III РАДОВИ СТУДЕНАТА
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Милица Вучковић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
UDK: 347.65/.68:347.626](497.11)

Рад примљен: 02.02.2014.
Рад прихваћен: 22.04.2014.

НАСЛЕДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СУПРУЖНИКА У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: Аутор се бави анализом наследноправног положаја супружника у савременом српском праву. Правни значај брака прошао је кроз низ квалитативних промена у историјском развоју, пратећи развој и промене породице и промене у погледу (не)равноправности жене и мушкарца. Наследноправни положај супружника у савременом српском праву карактерише узајамност наслеђивања и потпуна равноправност жене и мушкарца, наслеђивање у својину, уз могућност конституисања плодоуживања на целој или аликвотном делу заоставштине у одређеним случајевима и позивање на наслеђе надживелог супружника заједно са сродницима оставиоца. Супружник је наследник првог наследног реда, у конкуренцији са оставиочевим потомцима. Ако преминули не остави иза себе потомство, супружник прелази у други наследни ред, где наслеђује са оставиочевим родитељима и њиховим потомством. Закон о наслеђивању Републике Србије предвиђа и одређене могућности промене конкретног наследноправног положаја супружника.

Кључне речи: право наслеђа надживелог супружника, доживотно плодоуживање, доживотна рента.

1. Увод

Из мноштва чињеница које су, кроз историју права биле од значаја за расподелу заоставштине једног лица по правилима законског наслеђивања, у савременом праву издвојиле су се две: сродство са оставиоцем и брачна веза са оставиоцем. Сродство је некада сматрано „светом“ и свакако је

* milica@prafak.ni.ac.rs

** 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, бр. уговора 179046.

вечита веза лица чијим венама теку одређене количине заједничке крви. Данас је значај сродства донекле релативизован, али је ова чињеница још увек „стуб носач“ конструкције законског наслеђивања. Брачна веза са оставиоцем прошла је свој еволутивни пут, од потпуног непризнавања њеног правног значаја, преко признавања права наслеђа надживелог супружника у ограниченом обиму, до потпуног признања, као правно релевантне чињенице за интестатску расподелу заоставштине.

Предмет овог рада је наследноправни положај супружника у савременом српском праву. У истраживању смо се фокусирали искључиво на важећа решења законског наслеђивања. Избор нашег предмета истраживања инспирисан је управо околношћу да брак, као потенцијално трајна веза жене и мушкарца, представља основ супружничковог права наслеђа, и његовом специфичношћу, као наследноправно релевантне чињенице, која се огледа у раскидивости везе оставиоца и наследника. На другој страни, достојна је пажње и чињеница да брачна веза има огроман значај у животу појединца, у готово свим његовим аспектима. Интензитет блискости супружника и стална међусобна упућеност, све оно што чини супружански суживот, чини да овај облик везе у модерном друштву по свом значају далеко премашује значај сродства.

2. Брачна веза као једна од правно релевантних чињеница у области законског наслеђивања

Брак је законом уређена заједница живота жене и мушкарца.¹ Представља универзалну форму задовољавања различитих људских потреба мушкараца и жена и круна је једног од базичних односа у историји људског рода. Дуго времена је сматран јединим легитимним основом породице. Модерно доба је донело бројне промене људском друштву, тако да данас брак није искључиви вид сједињавања двају лица различитог пола, а у многим државама, није намењен ни само лицима различитог пола. Појављују се различите врсте породице, засноване на различитим облицима заједништва двају лица (Драшкић, 2005: 51-53). Када је реч о заједништву двају лица различитог пола, најзаступљенији „конкурент“ браку јесте ванбрачна заједница. У правима многих земаља, ванбрачна заједница је правно изједначена са браком.² Међутим, брак, као законом

1 Чл. 3. ст. 1. Породичног закона, *Сл. Гласник РС*, 18/2005, 72/2011.

2 Ванбрачна заједница хетеросексуалних и истополних партнера данас представља правно релевантну чињеницу за законско наслеђивање у правима већег броја земаља. Тако је заједница лица истог пола релевантна за наследно право у правима Немачке, Швајцарске, Данске, Шведске, Финске, Енглеске, Мађарске и Чешке. Хетеросексуалној

уређена заједница мушкарца и жене, и даље остаје доминантна правно релевантна чињеница у сфери законског наслеђивања.

Правни значај брака прошао је кроз низ квалитативних промена у историјском развоју, пратећи развој и промене породице и промене у погледу (не) равноправности жене и мушкарца. Чињеница која је доминантно присутна у свим правноисторијским написима јесте изразита обесправљеност жене. Она, готово кроз цео стари и средњи век, нема никаква или има минимална права у односу на мужевљево заоставштину. Привидан реципроцитет је постојао утолико што ни муж није имао никаква наследна права у односу на женину заоставштину, с обзиром да жена, због материјалне зависности од мушкараца, било оца, било мужа, заоставштину није ни могла имати (Марковић, 1978: 98-99; Благојевић, 1983: 87; Ђорђевић, 1988:13; Стојановић, 2011: 85-86). У патријархалном породичном миљеу, жена је имала тачно одређену улогу. „Унутар традиционалног, патријархалног обрасца, жена је вреднована као радна и репродуктивна снага, подређена оцу, мужу, свекру, али и другим мушким члановима породице. Она је имала посебну симболичну вредност за мушкарца. Била је његова својина и његов образ, и као таква била је најчешће жртва физичког и сексуалног насиља“ (Поповић, Тимотијевић, Ристовић, 2011: 294). Више објект очевих или мужевљевих права, него субјект, она је, пре свега, представљала „инструмент“ продужења лозе, рађањем и подизањем мушких потомака.

У новом веку, са променама у економској сфери, настају промене у начину живота и схватању значаја брачне везе и породице. Долази до разбијања великих породичних заједница (као што су породичне задруге) и концентрисања породичног живота на нуклеарну породицу, тако да брачна веза добија значајнију улогу у животу појединца (Марковић, 1978: 88-89; Драшкић, 2005: 51-53). Све то доводи и до побољшања наследноправног положаја супружника. У највећем броју права европско-континенталног типа, чињеница брака има једнак наследноправни значај као и чињеница крвног, односно, адоптивног сродства. Супружници се међусобно наслеђују у својину. Наслеђују заједно са сродницима, некада их и искључују из наслеђа. Важи правило да што је даљи степен сродства, повољнији је наследноправни положај супружника (Видић, 2010: 408-409).

ванбрачној заједници признат је наследноправни значај у Хрватској и Црној Гори, док су права Холандије, Белгије и Словеније дала наследноправни значај и истополним и хетеросексуалним ванбрачним заједницама.

3. Супружник као наследник првог и другог законског наследног реда

По Закону о наслеђивању Републике Србије, супружник је наследник³ првог наследног реда, у конкуренцији са свим потомцима оставиоца.⁴ Када преминули не остави иза себе потомство, супружник прелази у други наследни ред, где наслеђује са оставиочевим родитељима и њиховим потомством. Остале сроднике из праве усходне линије и побочне сроднике, осим потомака оставиочевих родитеља, надживели супружник искључује из наслеђа. Супружник стиче наследство у својину. Супружник је нужни наследник.

3.1. Наследноправни положај супружника у првом законском наследном реду

Какав ће бити конкретан наследноправни положај супружника у првом законском наследном реду, зависи од тога колико је потомака позвано на наслеђе и који степен сродства је у питању (Видић, 2011: 122-125). Са децом оставиоца супружник дели заоставштину на једнаке делове, док остали оставиочеви потомци наслеђују по праву представљања.

На наследноправни положај супружника у првом наследном реду, поред броја потомака и степена њиховог сродства са оставиоцем, од утицаја може бити и чињеница да он није родитељ оставиочевој деци, свој или некој од деце. У оваквим случајевима, наследни део супружника може бити смањен, у корист оставиочевих потомака, под следећим условима: да међу потомцима има деце којој надживели супружник није родитељ,⁵ да је имовина надживелог супружника већа од оне која би му припала поделом заоставштине на једнаке делове, и ако суд, пошто размотри све околности, нађе да би то смањење било оправдано.⁶

3 Он мора испунити све услове који се односе на наследнике уопште (да је надживео оставиоца, да је способан за наслеђивање, достојан да наследи и позван на наслеђе) и додатне услове који се тичу брака са оставиоцем, као основа његовог наследног права. Он мора бити у правно важећем браку у време делације, и то не само формалноправно већ и ефективно, у смислу да је између њих постојала стварна брачна животна заједница.

4 Чл. 9. ст. 1. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

5 Ово правило је инспирисано првенствено околношћу, коју живот потврђује пре као правило, него што истиче као изузетак, да ће надживели супружник већу бригу и старање пружити својој деци из брака са оставиоцем, него оставиочевој деци из претходног брака, односно ванбрачној деци или усвојенику из усвојења заснованог пре склапања брака. Због тога, законодавац, као први услов смањења наследног дела супружника у првом наследном реду, поставља чињеницу, да међу наследницима постоји барем једно оставиочево дете коме надживели супружник није родитељ.

6 Чл. 9. ст. 3. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

Смањење наследног дела супружника иде у корист свих првостепених потомака оставиоца, дакле и оних који су заједничка деца оставиоца и надживелог супружника (Стојановић, 1998/99: 139). У теорији се указује на околност да остала оставиочева деца (деца из брака са надживелим супружником) имају само могућност да се користе овим институтом, не и да издејствују његову примену, без обзира на своје имовно стање, које у конкретном случају, може бити знатно лошије од имовног стања деце којој надживели супружник није родитељ. С друге стране, може се догодити да управо деца из брака са оставиоцем буду бољег имовног стања од надживелог супружника, и да, независно од те чињенице, буду аутоматски обухваћена повећањем (Видић, 2011: 141). Сматрамо да би суд требало да, ценећи имовинске прилике свих првостепених потомака, има дискреционо овлашћење да одлучи да се неким првостепеним потомцима не повећа наследни део, ако би то представљало неправду за надживелог супружника, независно од тога што има услова за примену овог института.

При одлучивању о оправданости смањења кључну улогу имају имовинске и личне прилике потомака и надживелог супружника.⁷ „Преживели брачни друг, без обзира на то што има имовину већу од дела који би добио поделом заоставштине на једнаке делове, може доћи у неповољан имовински положај, ако поделом заоставштине оставиочева деца добијају двоструко већи део од преживелог брачног друга. На пример: преживели брачни друг има кућу чија је вредност већа од дела заоставштине који би добио поделом на једнаке делове, али је неспособан за привређивање и нема друге имовине; насупрот томе, оставиочева деца из претходног брака су способна за привређивање, запослени су и имају имовину већу од имовине преживелог брачног друга. Било би неоправдано повећање наследног дела оставиочеве деце, јер би таквом поделом били угрожени интереси преживелог брачног друга“ (Ђорђевић, 1988: 56-57). Од великог утицаја су и узраст и способност за привређивање потомака, као и године старости, здравствено стање и способност за привређивање надживелог супружника, вредност заоставштине, трајање брачне заједнице, лични односи оставиоца и потомака, те потомака и надживелог супружника (Благојевић, 1983:148; Ђорђевић, 1988: 56; Антић, 2003: 141; Сворцан, 1999: 57; Стојановић, 2011: 121; Видић, 2011: 137).

⁷ Применом правила о смањењу наследног дела супружника у првом наследном реду треба уравнотежити интересе и потребе надживелог супружника и оставиочеве деце којима надживели супружник није родитељ. Ова равнотежа се постиже кроз свестрану оцену суда свих околности конкретног случаја. Законодавац је, препуштајући суду да цени оправданост смањења створио услове да се спречи да „највеће право буде највећа неправда“(summum ius summa iniuria).

У правној теорији је било спорно да ли суд по службеној дужности води рачуна о испуњености ових услова или само на захтев првостепених потомака оставиоца којима надживели супружник није родитељ, с обзиром да у том погледу закон не даје ни јасно правило ни наговештај за тумачење (Стојановић, 2011: 122-123; Видић, 2011: 138). Сматрамо да суд о примени овог института одлучује на захтев пунолетне деце оставиоца, док, ако су у питању малолетници и пунолетна деца којима је одузета пословна способност, треба да о повећању њихових наследних делова води рачуна по службеној дужности, имајући у виду дужност суда да се стара о заштити права и интереса ових лица (Видић, 2011: 138-139).

3.2. Наследноправни положај супружника у другом законском наследном реду

У другом наследном реду надживели супружник дели заоставштину са родитељима оставиоца и њиховим потомством (рођеном браћом и сестрама оставиоца, рођеним братанцима и сестричинама итд.). Супружнику у тој подели припада фиксни део од једне половине вредности целокупне заоставштине.⁸

3.2.1. Повећање наследног дела супружника у другом законском наследном реду

Законодавац, увиђајући животну реалност и потенцијалну могућност да надживели супружник, и поред стицања половине вредности заоставштине у својину, може остати недовољно материјално обезбеђен,⁹ предвиђа могућност побољшања наследноправног положаја супружника у другом законском наследном реду.

Законом о наслеђивању Републике Србије предвиђено је да супружник који нема нужних средстава за живот, може захтевати стицање доживотног плодоуживања на целој или делу заоставштине коју су стекли остали наследници,¹⁰ али и да може захтевати у својину целокупну заоставштину, уколико је њена вредност тако мала, да би њеном поделом са осталим наследницима супружник запао у оскудицу.¹¹ Законодавац је поставио

8 Чл. 12. ст. 1. и 2. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

9 Може се догодити, нпр. да супружник није имао своје посебне имовине, да није способан за привређивање и нема изгледа да се та ситуација промени, а да оно што је добио издвајањем свог доприноса из брачне тековине, као и оно што му припада деобом заоставштине у другом наследном реду, не буде довољно за задовољење минимума његових егзистенцијалних потреба.

10 Чл. 23. ст. 1. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

11 Чл. 23. ст. 2. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

и критеријуме које суд нарочито цени при одлучивању: дужина трајања заједнице живота оставиоца и надживелог супружника, имовно стање и способност за привређивање супружника и осталих наследника, и вредност заоставштине.¹²

Ово законско решење представља квалитативни напредак у односу на решење из Закона о наслеђивању СР Србије из 1974. године¹³ по коме је увећани наследни део надживелом супружнику припадао у својину, с обзиром да у већој мери уважава потребу за уравнотежењем имовинских интереса свих наследника (Сворцан, 1999: 63; Видић, 2011: 148).

Околност коју суд нарочито цени, као испуњеност претходног услова, јесте немање нужних средстава за живот, на страни надживелог супружника. При оцени испуњености ових услова узимају се у обзир вредности посебне имовине супружника, имовине коју је добио деобом брачне тековине и вредност дела заоставштине који му припада при њеној редовној подели. Поред постојећег имовинског стања, суд треба да узме у обзир и реално оствариву могућност супружника да у будућности побољша свој материјални положај (Благојевић, 1983: 157).

Уколико нађе да има места повећању наследног дела супружника, суд ће донети одлуку о усвајању његовог захтева за повећање наследног дела, стицањем доживотног плодуживања на заоставштини, којом одређује обим тог права, као и то на терет којих наследника ће бити конституисано доживотно уживање. Приликом оцене имовинског стања и способности за привређивање надживелог супружника и осталих наследника другог наследног реда, суд може наћи да би повећање наследног дела супружника на терет наследних делова свих осталих наследника, неке од њих тешко материјално погодило. Због тога, кроз индивидуализацију примене правне норме, суд води рачуна о потребној мери правичности у расподели заоставштине. Тако, суд може одлучити да се плодуживање у корист надживелог супружника конституише на наследним деловима појединих наследника, док ће наследни делови наследника који и сами немају нужних средстава за живот или су неспособни за привређивање, или обоје, бити „поштеђени“. С друге стране, ако упоређивањем имовног стања и способности за привређивање супружника и осталих наследника и оценом других релевантних околности, суд дође до закључка да је то оправдано, наредиће конституисање плодуживања у корист надживелог супружника на целој преосталој половини заоставштине.

12 Чл. 23. ст. 3. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

13 Чл. 23. Закона о наслеђивању, *Службени гласник СРС*, 52/74.

Ако је вредност заоставштине толико мала, да њеном поделом, чак и поред стицања повећаног дела на плодуживање, не би могле бити задовољене минималне егзистенцијалне потребе надживелог супружника, суд ће му досудити целу заоставштину у својину. На тај начин, супружник искључује из наслеђа све наследнике другог наследног реда.

О повећању наследног дела супружника у другом наследном реду суд не води рачуна по службеној дужности, већ искључиво на захтев супружника. Надживели супружник може поставити захтев за повећање у преклузивном року од годину дана од смрти оставиоца. Повећани наследни део супружник стиче у тренутку делације (Видић, 2011: 156). Дилема је да ли стицањем плодуживања на аликвотном делу заоставштине, супружник стиче двоструку позицију у односу на заоставштину, да ли се својству универзалног сукцесора придружује својство сингуларног сукцесора. У делу правне теорије заузето је становиште да стицање плодуживања на аликвотном делу заоставштине представља сингуларну сукцесију, тако да обим његове одговорности за оставиочеве дугове остаје неизмењен, с обзиром да за исте одговара само до вредности стеченог у својину (Антић, Балиновац, 1996: 190; Ђорђевић, 1997: 159; Видић, 2011: 162). За разрешење ове дилеме се не можемо обратити одредбама Закона о наслеђивању, а проблем додатно усложњава околност да право плодуживања у српском праву није ни уређено. У правној теорији постоји схватање да би, не улазећи у питање врсте сукцесије, у овом случају требало предвидети одговорност плодуживаоца за оставиочеве дугове до границе вредности прихода од плодуживања, умањене за средства потребна за обезбеђење минимума егзистенцијалних потреба плодуживаоца (Стојановић, 2005: 676-677; Стојановић, Крстић, 2008: 224). Конституисањем права плодуживања настаје између власника и плодуживаоца правни однос испуњен мноштвом права и обавеза субјеката тог односа (Лазич, 2000: 56 и даље). Једна од обавеза плодуживаоца јесте сношење терета и трошкова поводом ствари. Плодуживалац је дужан да сноси сва јавна оптерећења ствари од момента конституисања плодуживања, а приватноправне терете само када су настали пре конституисања плодуживања. На терену наследног права, говоримо о специфичном случају конституисања плодуживања у другом наследном реду, из разлога алиментационог карактера (немање нужних средстава за живот). Због тога се придружујемо поменутом залагању да се одговорност плодуживаоца аликвотног дела заоставштине у овом случају регулише тако да он одговара за оставиочеве дугове и дугове отвореног наслеђа до вредности прихода од плодуживања, умањене за средства потребна за обезбеђење минимума егзистенције.

Право плодуживања се често назива „малом својином“ због тога што свом титулару омогућава свеобухватну употребу ствари и убирање њених плодова, без права захватања у супстанцу ствари. С друге стране, титулар „голе својине“ остаје, док плодуживање траје, лишен оних благодети које човеку даје најпотпунија правна власт на ствари. Законодавац због тога допушта конверзију плодуживања у доживотну ренту.¹⁴ 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.

3.2.2. Смањење наследног дела супружника у другом наследном реду

Законом о наслеђивању Републике Србије предвиђена је и могућност смањења наследног дела надживелог супружника на захтев осталих наследника другог наследног реда, под условом да наслеђена добра чине више од половине посебне имовине оставиоца и да заједница живота оставиоца и надживелог супружника није трајала дуже време.¹⁵ Наслеђена добра су све оне ствари и права које је оставилац бестеретно прибавио, од својих сродника у правој и побочној линији, укључујући и потомке, који нису истовремено и потомци надживелог супружника (Антић et al., 1996: 170-171; Ђорђевић, 1997: 160; Сворцан, 1999: 103; Антић, 2003: 146-147; Ђурђевић, 2001: 153-155; Видић, 2011: 168-169). Такође, сматра се да наслеђеним добрима треба сматрати још и плодове и друге приходе од наслеђених добара и накнаде добијене за наслеђена добра, по различитим основама (Ђурђевић, 2001: 154). Однос вредности наслеђених добара и преостале вредности посебне имовине оставиоца и трајање заједнице живота између њега и надживелог супружника уједно су и једине две околности које суд цени, приликом одлучивања о захтеву за смањење наследног дела супружника.¹⁶

14 Чл. 25. ст. 1. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

15 Чл. 26. ст. 1. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

16 Чл. 26. ст. 2. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

Ово правило је инспирисано потребом заштите брачне тековине за случај склапања брака из рачуна, као и настојањем да се добра старине очувају унутар оне лозе из које су и доспела у оставиочеву заоставштину (Антић et al., 1996: 172-174, Сворцан, 1999: 102).

Наследници (или наследник) који постављају овај захтев¹⁷ морају доказати да заједница живота надживелог супружника и оставиоца није трајала дуже време. При томе је суду препуштено дискреционо одлучивање у попуњавању садржине овог правног стандарда. У теорији се сматра да се ово решење може неповољно одразити на наследноправну позицију надживелог супружника, због различитих могућности индивидуализације у примени, и да би било целисходно да се законом прецизира временска граница за оцену да ли је заједница живота трајала краће (Видић, 2011: 171). Кривица надживелог супружника за престанак заједнице живота супружника не поставља се као услов за смањење наследног дела надживелог супружника (Видић, 2011: 170). Престанак заједнице живота кривицом надживелог супружника је разлог за губитак права наслеђа супружника, те овај захтев не би ни могао бити постављен као услов за смањење. Осим тога, законодавац, у чл. 26. не говори о томе да заједница живота у тренутку смрти оставиоца није постојала, већ само да она није трајала дуже време. Могуће је да је брак закључен неки краћи временски период пре смрти оставиоца и да је био праћен заједницом живота која је била прекинута смрћу једног од супружника. Ту треба имати у виду и престанак брака услед смрти несрећним случајем или смрћу проузрокованом изненадном болешћу. Могуће је да оваква смрт задеси и младог човека и да тако „млади“ бракови буду „сасечени“ у самом настанку. Стога сматрамо да је неопходно поменутом услову додати и критеријум односа година старости супружника.

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 заоставштине.¹⁸ Изјава о избору доживотног уживања се протеже и на новопронађену имовину.¹⁹ По

17 Смањење наследног дела надживелог супружника до једне четвртине могу захтевати наследници другог наследног реда, који су у конкретном случају позвани да наследе и који припадају оној лози из које су наслеђена добра ушла у оставиочеву заоставштину. Иако овај смисао законске одредбе није експлицитно исказан, сматра се да је такво тумачење једино у складу са суштином поменутог правила, а то је спречавање стицања добара старине једне породице од стране чланова друге породице, односно очување добара старине у породици из које су потекла.

18 Чл. 28. ст. 1. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

19 Чл. 29. ст. 3. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

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 уживање (Антић, 2003: 193). У делу правне теорије сматра се да избором доживотног уживања супружнику престаје својство универзалног сукцесора и да постаје сингуларни сукцесор (Антић, 2003: 193). Напред је већ било речи о постојању законске празнине у погледу одређивања врсте сукцесије у случајевима стицања плодоуживања на аликвотном делу заоставштине и одговорности плодоуживаоца за дугове оставиоца. Додали бисмо само то, да сматрамо 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 није у питању разлог алиментационе природе (немање нужних средстава за живот), требало би да плодоуживалац одговара за оставиочеве дугове у пуном обиму, до вредности стеченог, без обзира на то како је регулисано питање врсте сукцесије. Чак и када би се прихватило решење о сингуларној сукцесији, требало би имати у виду да се плодоуживање, не без разлога, назива, „малом својином“. Супружник и остали наследници се могу споразумети о преиначењу доживотног уживања у доживотну ренту,²⁰ али не постоји могућност укидања плодоуживања, 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 заоставштини (Антић et al., 1996: 193).

Наследни део супружника може бити смањен у другом наследном реду и на захтев родитеља оставиоца који немају нужних средстава за живот, уз примену истих правила која вреде за случај када супружник који нема нужних средстава за живот, захтева повећање свог наследног дела на терет наследног дела оставиочевих родитеља.

4. Закључна разматрања

Наследноправни положај супружника у савременом српском праву карактерише узајамност наслеђивања и потпуна равноправност жене и мушкарца, наслеђивање у својину (уз могућност конституисања плодоуживања на делу или целој заоставштини у одређеним случајевима) и позивање на наслеђе надживелог супружника заједно са сродницима оставиоца. Његов конкретан наследноправни положај зависи од близине сродства оставиоца и одређеног сродника. Када су у питању оставиочеви потомци и родитељи, однос сродства и брачне везе је координирајући, а када на наслеђе конкуришу остали преци и већина побочних сродника, тај

²⁰ Чл. 30. Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003.

однос је, по правилу, искључујући, у корист брачне везе. То је показатељ у којој мери је побољшан наследноправни положај супружника, у односу на пример, на периоде када је супружник могао наслеђивати тек после свих оставиочевиx сродника, без обзира на степен сродства.

Када је реч о могућности смањења наследног дела надживелог супружника у првом законском наследном реду, српски законодавац је учинио добар потез предвидевши да је коначна одлука на суду. Сматрамо да је на овај начин могуће спречити неправичност у примени правне норме, што није случај онда када судија мора да примени прецизно одређено законско правило. Оно што је недостатак поменутог решења о смањењу наследног дела супружника јесте да то смањење иде у корист свих првостепених потомака оставиоца. Сматрамо да би требало омогућити селективност у примени ових правила, да суд одлучује и о томе да ли ће се повећати наследни део свих или само неких потомака, према њиховим личним и имовинским приликама. Такође, сматрамо да суд о примени овог института треба да одлучује на захтев пунолетне деце оставиоца, а по службеној дужности, ако су у питању малолетници или пунолетна лица лишена пословне способности. При увођењу правила о променама величине наследних делова у првом наследном реду пошло се од претпоставке да је надживели супружник довољно материјално обезбеђен, а да између њега и оставиоцеве деце нема природне блискости, која, опет у претпоставци, постоји између родитеља и деце. При томе је суду остављена коначна реч у прилагођавању правне норме реалном животу. Ми се питамо, када већ суд има последњу реч, због чега законодавац није предвидео, на сличан начин, и могућност повећања наследног дела супружника у првом наследном реду. На другој страни, остала деца оставиоца неоправдано су занемарена, само због тога што су заједничка деца оставиоца и надживелог супружника, иако у конкретном случају могу имати већу потребу за повећањем наследног дела. Они се могу само користити повећањем. У правној теорији је већ, чини нам се, сасвим оправдано, указано на потребу да се омогући и надживелом супружнику и свим потомцима оставиоца, да захтевају повећање својих наследних делова, под одређеним условима.

Правило о повећању наследног дела надживелог супружника инспирисано је околношћу, која често бива у животу, да смрћу једног лица најтеже бива погођен његов супружник, нарочито ако су у питању старија лица, и да правичност и здрав разум захтевају да супружник има повољнији наследноправни положај у односу на крвне сроднике оставиоца даљег степена сродства. Истовремено, оно омогућава уравнотежење интереса свих наследника који наслеђују у другом наследном реду.

Када је реч о смањењу наследног дела надживелог супружника у другом наследном реду, сматрамо да критеријум трајања заједнице живота не би требало да буде пресудан при одлучивању да ли има места смањењу наследног дела супружника. Овај критеријум је постављен да би се стало на пут закључивању брака из рачуна. Међутим, треба имати у виду и могућност да брак уопште није закључен из рачуна, већ да је постојала стварна брачна заједница, која је била прекинута смрћу у несрећном случају или смрћу проузрокованом изненадном болешћу. Такав вид престанка може погодити и „младе“ бракове – бракове између младих људи који су одлучили да крену путем стварања породице, који су „сасечени“ у самом корену. Савим је оправдано да се примени посебан режим за добра старине, такве ствари које су стицане генерацијама и преносиле се са колена на колена, и тај критеријум, порекла добара би, по нама, био сасвим довољан у овом случају. Ако се већ држимо критеријума трајања заједнице живота, требало би му додати и критеријум разлике у годинама између надживелог супружника и оставиоца. Ако се утврди да разлика у годинама није толико велика, да би се појавила сумња у закључење брака из рачуна, требало би утврдити здравствено стање оставиоца за одређени временски период пре смрти, као и савесност надживелог супружника у погледу те чињенице.

Када надживели супружник постане плодуживалац аликвотног дела заоставштине, поставља се питање његове одговорности за оставиочеве дугове. У правној теорији се предлаже решење о одговорности за оставиочеве дугове до вредности прихода од плодуживања, умањене за износ неопходан за обезбеђење минимума егзистенцијалних потреба. Сматрамо да то решење треба применити само у случају повећања наследног дела супружника у другом наследном реду, јер ту фигурира разлог алиментационог карактера – немање нужних средстава за живот. У случају смањења наследног дела супружника, када више од половине вредности посебне имовине оставиоца чине добра старине, сматрамо да треба да постоји пуна одговорност плодуживаоца за оставиочеве дугове.

У оба случаја стицања плодуживања на аликвотном делу заоставштине на страни надживелог супружника, законом је предвиђена могућност преиначења права плодуживања у доживотну ренту. Законодавац није предвидео могућност конверзије одлуком суда, на захтев осталих наследника, у случају када надживели супружник, без оправданих разлога, одбије споразумну конверзију. Сматрамо да би предвиђање могућности судске конверзије, у таквом случају, било правично, као и предвиђање обавезе дужника ренте да пружи одговарајуће обезбеђење тог потраживања.

Литература

- Антић, О. (2003). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду
- Антић, О., Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос
- Благојевић, Б. (1983). *Наследно право у Југославији*. Београд: Савремена администрација
- Видић, Ј. (2010). *Наследноправне последице односа сродства, брачне и ванбрачне везе*, diss. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду
- Драшкић, М. (2005). *Породично право и право детета*. Београд: Чигоја штампа
- Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Ђорђевић, В. (1988). *Наслеђивање брачних другова*. Београд: Стручна књига
- Ђурђевић, Д. Б. (2001). Смањење наследног дела супружника у другом наследном реду до једне четвртине. *Правни живот*. 10. 151-172
- Лазић, М. (2000). *Личне службености*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Марковић, С. (1978). *Наследно право у Југославији*. Београд: Савремена администрација
- Поповић, М., Тимотијевић, М., Ристовић, М. (2011). *Историја приватног живота у Срба*. Београд: Сlio
- Сворцан, С. (1999). *Наследна права брачног и ванбрачног партнера*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу
- Стојановић, Н., Крстић, Н. (2008). Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији de lege lata и de lege ferenda. *Зборник радова Правног факултета у Нишу: Актуелна питања грађанске кодификације*. 215-231
- Стојановић, Н. (2005). Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона. *Правни живот*. 10. 665-682
- Стојановић, Н. (1998-1999). Крвни сродници оставиоца као наследници првог законског наследног реда. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 55-66
- Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18 (2005), бр. 72 (2011)
- Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46 (1995), бр. 101 (2003)
- Закон о наслеђивању. *Службени гласник СРС*. Бр. 52 (1974)

Milica Vučković, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Hereditary Position of a Spouse in Serbian Legislation

Summary

Under the Serbian Inheritance Act (1995), the surviving spouse is an heir of the first and the second line of succession. The specific hereditary position of a surviving spouse in the first line of succession may be influenced by a fact that he/she is not the biological parent to the children of the deceased (either all the children or some of them). Under certain conditions, the hereditary share of the surviving spouse may be reduced in favour of the decedent's children. The surviving spouse without necessary existential means may file a claim seeking usufruct for life (life interest) on the entire succession estate or on the part of hereditary property inherited by the other heirs of the second line of succession.

This legal provision is a qualitative development in comparison to the provision contained in the 1974 Inheritance Act of the Socialist Republic of Serbia, which envisaged that the enlarged hereditary share passed into the ownership of the surviving spouse. The provision in the 1995 Inheritance Act takes into account the need for balancing the property interests of all heirs. This Act also allows the conversion of usufruct into life annuity but it does not envisage the possibility of conversion by a court decision.

Moreover, the debtor of life annuity is not obliged to provide appropriate security for the payment of annuity. There is also a possibility of reducing the hereditary share of the surviving spouse upon a request of other heirs of the second line of succession. Instead of acquiring ownership, the surviving spouse may also opt for acquiring a usufruct for life on half of the hereditary estate. The surviving spouse may enjoy this right until the court decides on the other heirs' request on reducing his/her hereditary share. The hereditary share of the surviving spouse falling into the second line of succession may also be limited upon the request of the deceased's parents who do not have the necessary existential means of livelihood.

Keywords: intestate succession, surviving spouse, usufruct for life, life annuity.

Санда Ђорац,*
Сарадник у настави Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.61/.64-053.2:347.921

Рад примљен: 03.03.2014.

Рад прихваћен: 25.04.2014.

ПРАВО ДЕТЕТА НА ИЗРАЖАВАЊЕ МИШЉЕЊА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: *Право на партиципацију једна је од најзначајнијих новина које је увео Породични закон и представља велики корак ка усвајању свести о детету као лицу које активно учествује у остваривању својих права. Дете које је способно да формира своје мишљење, има право на слободно изражавање свог мишљења у судским поступцима који га се тичу. Суд је дужан да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу. У раду се наведено право детета посматра у оквиру парничног поступка. Изнете су уочене недоречености и дилеме које су везане за гаранцију овог права и за његову реализацију. Приказана је судска пракса домаћих судова са циљем увида у ком се обиму и на који начин право детета на слободно изражавање мишљења признаје и стварно реализује.*

Кључне речи: *Конвенција о правима детета, Породични закон, право детета на слободно изражавање мишљења, судски парнични поступак.*

1. Увод

Кључно полазиште савременог права, по питању права детета, јесте да је дете аутономни правни субјекат и самостални титулар људских права и слобода, прилагођених његовим развојним потребама, чиме се обезбеђује задовољавајући степен слободе личности и самоодређења детета (Петрушић, 2013: 163). Свако дете има право на слободно изражавање мишљења и право да се његовом мишљењу посвети дужна пажња. Право детета на изражавање мишљења део је једног општијег права детета – права на партиципацију, које у суштини афирмише дете као особу која је равноправна и компетентна да изражава своје ставове у свим питањима

* s.corac@jura.kg.ac.rs

која се на њу односе, али и обавезује одрасле да дете саслушају, те да ставовима детета придају дужну пажњу у складу са његовим годинама и зрелошћу (Драшкић, 2011: 284).

Имајући у виду значај овог права, рад има за циљ да се утврде карактеристике и специфичности примене права детета на изражавање мишљења у Републици Србији. Како бисмо остварили наведени циљ, дефинисали смо да је предмет рада анализа нормативног оквира права детета на изражавање мишљења и реализација наведеног права у судском парничном поступку.

2. Право детета на изражавање мишљења у оквиру Конвенције о правима детета и у оквиру Породичног закона

Конвенција о правима детета (у даљем тексту КПД),¹ водећи је међународни инструменат у заштити дечијих права. Овим јединственим међународним уговором универзално је прихваћена дефиниција детета као људског бића испод 18 година, осим уколико се према националном закону пунолетство не стиче раније. КПД се може окарактерисати као иновативна, с обзиром да успоставља нека нова и изазовна права, међу којима је и право детета да изрази своје мишљење (Вучковић Шаховић, 2011: 8). Ово право део је права на партиципацију и представља једну од основних вредности КПД.

Категорија партиципације је шири појам, који, поред права детета на слободно изражавање мишљења, садржи у себи и право на обавештавање ради формирања мишљења и право детета да његово мишљење буде узето у обзир. Право на партиципацију уздигнуто је на ниво основног принципа КПД које треба да буде примењено приликом тумачења и примене свих других права.² Партиципација подразумева потребну размену информација и дијалог између деце и одраслих који је заснован на узајамном поштовању и захтева потпуно разматрање исказаних дечијих ставова (Lansdown, 2011). Ипак, партиципацију не треба схватити као неограничену дететову слободу, већ само полазиште за активно укључивање деце у остваривању гарантованих права.

1 *Convention on the Rights of the Child* усвојена је 20.11.1989., а ступила на снагу 02.09.1990. године. Србија је Конвенцију ратификовала Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 15/90.

2 Основна права, прописана КПД, позната као „права четири П“, обзиром на почетно слово ових права на енглеском језику: *participation* – учешће деце у одлукама које утичу на њихову судбину; *protection* – заштита деце од дискриминације и свих облика запостављања и експлоатације; *prevention* – превенција од штете нанете деци; *provision* – обезбеђење помоћи за њихове основне потребе (Van Bueren, 1998: 15).

Право детета на изражавање мишљења прописано је у чл. 12 КПД. Државе потписнице КПД дужне су да обезбеде детету, које је способно да формира сопствено мишљење, право слободног изражавања тог мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што мишљењу детета треба посветити дужну пажњу у складу са годинама живота и зрелошћу детета. У ту сврху, детету се посебно даје прилика да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се односе на њега, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процедуралним правилима националног закона.

Уважавање права на мишљење детета није више ствар ничије добре воље, већ одредба међународног права која је инспирисала и нашег законодавца (Поњавић, 2014: 267). У Србији је наведено право детета нормирано Породичним законом, који је регулативом издвојио само извештај брoј права из КПД, а овакав приступ оправдан је могућношћу директне примене исте, као и тиме да су бројна дечија права предмет регулативе других посебних домаћих прописа (Палачковић, 2006: 23).

Породични закон прописује да дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења и да ово право може да користи у поступку у коме се одлучује о његовим правима.³

3. Право детета на слободно изражавање мишљења у судском поступку

Права детета у поступку за пружање правне заштите пред судом штите се директно или индиректно, што је последица саме природе породичноправног односа у питању и околности да се ради о детету као специфичном субјекту тог значајног друштвеног и правног односа (Станковић, 2012: 31). Наиме, постоји разлика у процесном положају детета у зависности од тога да је оно странка у поступку или није.

У првом случају, дете може бити тужилац или тужени у свим поступцима у којима је активно или пасивно легитимисано да буде странка у спору и има сва права и обавезе које иду уз ту процесну улогу (Станковић, 2012: 31). У таквом судском поступку, пре доношења било какве одлуке, треба да буде обезбеђено његово одговарајуће учешће, примерено узрасту и развојним способностима детета. Учешће, између осталог, подразумева могућност да изнесе своје мишљење и да то мишљење буде саслушано, а у циљу заштите његових права и интереса и остваривања добробити за дете.

У другом случају, у неким конфликтним ситуацијама, дете нема положај странке у парници, иако се директно или индиректно ради о остваривању

³ Чл. 65. Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/05.

и заштити његових права у судском поступку.⁴ Специфичан је тада процесни положај детета и ослабљена је његова позиција у поступку судске заштите, с обзиром да дете нема могућност да утиче на ток поступка. Ипак, мишљења смо да закон детету признаје право на партиципацију и у ситуацији када нема положај странке у поступку. Управо је то смисао чл. 65. ст. 3. Породичног закона који прописује да се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим поступцима који га се тичу, у којима се одлучује о његовим правима, у складу са годинама живота и зрелости детета. Да ли ће се овим правом користити или не, зависи искључиво од воље детета, а суд је дужан да му вршење овог права омогући, уколико је у његовом најбољем интересу (Делибашић, 2006: 28).⁵

Детету које је способно да формира мишљење обезбеђено је право да га у судском поступку изрази, с тим што се мишљење цени у складу са узрастом и зрелости детета. Законом прописани узраст од 10 година услов је за непосредно изражавање мишљења у судском поступку.⁶ Суд има системску обавезу да дете саслуша ако има више од десет година (Поњавић, 2012: 42). Појављивање детета пред судом може бити на његов/њен захтев или по налогу суда. Захтев детета може бити усмен или писмен, односно није везан за неку посебну форму, а може бити поднет у било којој фази поступка и у том случају дете није странка у поступку, нити његово појављивање може бити узето као сведочење или исказ вештака (Поњавић, 2014: 268). Тако је

4 У оваквој ситуацији, у парници која је заснована на двостраначкој конструкцији, процесна позиција детета је „замагљена“ јер је дете само „притајена“, „прикривена“ странка (Петрушић, 2007: 5). Дакле, дете је у многим поступцима сведено на „објект“ поступања иако суд одлучује управо о његовим правима (Станковић, 1997: 113).

5 *Из образложења:* Из прибављеног извештаја Центра за социјални рад не може се закључити да је са децом обављен разговор у циљу омогућавања да изразе своје мишљење са којим родитељем би желели да живе, већ се у том извештају говори о позитивној мотивацији оба родитеља да се старају о деци. Врховни суд је укинуо нижестепене пресуде и предмет вратио на поновни поступак. Суд не сме да се пре свега руководи позитивном мотивацијом родитеља да се старају о деци, већ је дужан да утврди и прибави мишљење детета које је у могућности да мишљење да, па да у складу са његовим најбољим интересом, донесе одговарајућу одлуку. (*Решење Врховног суда Србије у Београду, Рев. 2393/07 од 12.09.2007. године*).

6 Осим инструкција, законодавац је пропустио да пропише упућујућа правила у погледу техника које суд или орган управе треба да примени приликом утврђивања мишљења детета и то онда када дете непосредно изражава мишљење пред тим органима. Недореченост законодавца у погледу прецизирања техника којима суд или орган управе у том случају треба да се руководи указује на сложеност стварног функционисања, односно остваривања права детета на мишљење у пракси, преваходно због потребе посебне обазривости према евентуалним штетним последицама на психолошко здравље детета (Јовић, 2008: 73).

његова позиција у том случају оригинална, створена у закону само за њега (Поњавић, 2014: 268). Уколико дете није непосредно изразило мишљење, закон прописује могућност да то учини посредством других лица. То су пре свега родитељи који традиционално заступају дечије интересе, али и колизијски старатељ и привремени заступник када су постављени детету.

Конвенција право на слободно изражавање мишљења не лимитира узрастом детета, већ способношћу детета да формира мишљење, која зависи од његових индивидуалних развојних способности, док су одредбе Породичног закона у нескладу са конвенцијским принципима у том погледу (Петрушић, 2006: 111). Породичним законом прописана је доња старосна граница од 10 година, да дете своје право на изражавање мишљења може да користи у поступку у коме се одлучује о његовим правима. Законска је претпоставка да дете које је навршило 10. годину живота има одговарајућу зрелост да може да формира и изнесе своје мишљење. Поставља се питање да ли је оправдано да приликом утврђивања мишљења детета суд буде искључив и да призна право само детету које је навршило 10 година. Старост сама по себи не показује ниво дечијег разумевања, јер и врло мала деца могу да покажу висок ниво зрелости (Lansdown, 2011).⁷

Судови имају, с обзиром на право партиципације, вишеструку улогу. Без обзира на узраст детета, старије или млађе од 10 година, најпре се процењује да ли је дете способно да формира мишљење, а затим и да такво мишљење изрази. Сматрамо да и када је дете млађе од узраста прописаног законом, за суд партиципација детета није избор, већ обавеза.⁸ Са друге

7 Наиме, већ веома младо животно доба, практично оно у коме се могу исказати жеље и потребе од стране детета, право прихвата као релевантно и упућује суд или други надлежни орган који одлучује о правима детета да утврди и његово мишљење. Стога је практично најтеже одредити узраст за стицање ове способности (Палачковић, 2002: 706).

8 Овакав став потврђује и судска пракса. *Из образложења*: Основано се ревизијом указује на пропусте суда у вези са доношењем одлуке о саслушању детета. У овој правној ствари Центар за социјални рад се изричито изјаснио да малолетно дете странака може да се укључи у судски поступак и да не постоји опасност од поремећаја његове емоционалне и интелектуалне равнотеже. Стога се разлози нижестепених одлука за одбијање прибављања мишљења детета странака само због старости – јер је млађе од десет година, не могу прихватити. Истовремено, недостаје образложење суда у вези са израженим мишљењем детета датог пред Центром за социјални рад (*Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19.04.2007. године*). Коментар: Пропуст нижестепених судова да утврде мишљење детета није наишао на одобрење суда највише инстанце. Врховни касациони суд сматра да се основано ревизијом указује на пропусте суда у вези са доношењем одлуке о саслушању детета. Иако је дете дало мишљење пред надлежним Центром за социјални рад, иако се Центар за социјални рад изјаснио да малолетно дете странака може да се укључи у судски поступак, нижестепени судови нису поступили

стране, у ситуацијама када је реч о детету које је достигло узраст који је прописан законом, дакле, навршених 10 година живота, претпоставља се да је достигло ту неопходну зрелост и да је у складу са тим способно да мишљење формира и изрази. Ипак, у питању је претпоставка, па као што дете млађе од 10 *може* да формира и изрази мишљење, оно које је старије од 10 година *не мора* нужно да има ту способност. Из тог разлога, суд ће, пре него што утврди мишљење детета, по службеној дужности, на поуздан начин, да испита способност детета да формира своје мишљење.⁹

Дете које је навршило 10. годину живота може само, односно, преко другог лица или установе да се обрати суду и затражи помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења.¹⁰ Међутим, то је још један проблем који се у пракси појављује, јер се поставља питање које је то лице или установа коме се дете може обратити за помоћ и заштиту у овом случају. Са друге стране, није спорно само лице или установа коме се дете обраћа, већ и начин на који се обраћа. У правној теорији је изнет став да је нејасна одредба Породичног закона која прописује да дете захтев за помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења упућује суду или органу управе, јер отвара питање начина на који се дете обраћа, односно наводи се, да уколико се ради о тужби, требало је то изричито и навести (Поњавић, 2011: 236).

Мишљење детета суд утврђује у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере. Поставља се питање како ће, на чији предлог и уз чију помоћ дете изабрати лице које ће му пружити помоћ и подршку у поступку у коме треба да формира и изнесе своје мишљење (Петрушић, 2006: 115).

у складу са законом и узели у обзир мишљење детета, зато што је млађе од 10 година. Овакав став нижестепених судова нема утемељење у Породичном закону.

9 *Из образложења:* Како малолетни М. има више од 10 година, првостепени суд ће у смислу члана 65. Породичног закона сазнати и мишљење тог детета везано за одлуке о његовим правима. И ту се указује првостепеном суду да суд мишљење детета респектује тек уколико претходно утврди да је дете способно да формира своје мишљење, што је без консултације са органом старатељства или специјализованом установом или одговарајућим стручњаком немогуће испитати, а мишљење се утврђује на начин и на месту, односно у условима, који су у складу са животном доби и зрелашћу детета (*Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж.2. 14/2006 од 6.9.2006. године*).

10 Чл. 65. ст. 5. Породичног закона.

3.1. Право детета на изражавање мишљења у вези са заступањем у судском поступку

Када је мишљење детета поводом одређеног питања слично мишљењу одрасле особе која се о њему стара, онда проблем углавном не постоји, али је свакако другачија ситуација у којој се мишљење детета разликује од мишљења те особе (Вучковић-Шаховић, 2000: 108). Породични закон предвиђа одредбу за ситуацију да дете и родитељ (старатељ), као његов законски заступник, имају супротне интересе. У случају постојања конфликтних интереса, дете заступа колизијски старатељ. Постављање колизијског старатеља дете може затражити од органа старатељства, уколико је навршило 10. годину живота и способно је за расуђивање и то само, односно, преко неког другог лица или установе. Такође, дете у овом узрасту може само, односно преко другог лица или установе, затражити од суда да му постави привременог заступника, због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника.

У поступку заступања детета, и колизијски старатељ и привремени заступник имају дужности према детету, које су обавезни да поштују. Дужности колизијског старатеља, односно привременог заступника прописане у чл. 267. Породичног закона лимитиране су потребном поштовања најбољег интереса детета.¹¹

Ако колизијски старатељ или привремени заступник утврди да у спору за заштиту права детета он заступа дете које је способно да формира своје сопствено мишљење, онда има обавезу да помогне детету у формирању мишљења. Помоћ се, пре свега, односи на дужност да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи објашњења која се тичу могућих последица аката које предузима, као и да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом, а све уз услов да није у супротности са најбољим интересом детета.

Другим речима, основни предуслов да дете формира мишљење је информисаност и упознавање са могућим последицама исказаног мишљења. Да би дете са успехом могло да оствари ово право, неопходно је да има слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста

11 Исто је прописано и за дужност суда. Суд је у обавези да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелашћу детета, да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелашћу, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета (чл. 266. ст. 3).

и без икаквог ограничавања (Драшкић, 2011: 285). Дете има право на информисање о свим аспектима правног проблема са којим се суочава и на утврђивање његове праве жеље и мишљења о тој правној ствари. Са друге стране, признато му је право да слободно изражава своје мишљење, што значи да дете не би смело да трпи никакав притисак или утицај који би могао да га спречи или можда натера да износи мишљење против своје воље (Драшкић, 2011: 285). Ипак, дете је по природи ствари подложно утицају, али оваква његова природа је, такође, један од главних разлога да се детету пружи посебна заштита (Поњавић, 2012: 36).

3.2. Право детета на изражавање мишљења у контексту његовог/њеног најбољег интереса

У свим случајевима који се тичу деце, приликом доношења и спровођења одлука везаних за дете, најважнији принцип је „најбољи интерес детета“ (*best interest of the child*), односно добробит детета (*welfare of the child*). Овај принцип, садржан у чл. 3. ст. 1. КПД, одавно је прихваћен у правима многих држава. Он нема универзално прихватљив садржај и варира од једне до друге земље. Ипак, може се одредити као стандард најмање штетне алтернативе, који стоји на располагању (Ковачек Станић, 1994: 52).

Изражавање мишљења детета прилика је да се дете чује пре него што одрасли донесу коначну одлуку, ценећи његов најбољи интерес у складу са његовим узрастом и зрелашћу (Поњавић, 2012: 37). Међутим, законодавац није предвидео чиме ће се суд или заступници детета у поступку руководити приликом процене најбољег интереса детета. Нису предвиђени ни инструменти којима ће дете да се заштити, у случају да они донесу погрешан закључак да је дете неспособно да формира мишљење.¹²

¹² *Из образложења:* Иако су материјалне могућности туженог као оца тренутно боље, овај суд налази да је првостепени суд правилно нашао да је у најбољем интересу деце да самостално вршење родитељског права над њима тренутно обавља мајка, имајући у виду да су деца у узрасту средње дечије доби, да од рођења мајка највише о њима води бригу, да су оба родитеља компетентна, али да је мајка рационалнија у увиђању и задовољавању свих потреба деце, док отац јесте емотивно везан за њих, али је у свом односу према деци, односно у увиђању и задовољавању њихових потреба мање рационалан, те имајући у виду и изјављену вољу деце, која су релативно мала да би могла да формирају своје мишљење коме би суд морао да поклати пажњу и овај суд налази да је тренутно у најбољем интересу малолетне деце парничних странака да родитељско права над њима самостално врши мајка, без обзира на материјалне услове, који се морају ценити, али не могу бити од одлучујућег фактора.

Најбољи интерес малолетне деце, приликом доношења одлуке у поступку који се води ради заштите њихових права, не мора се увек нужно поклапати са њиховом вољом, уколико се, свакако, ради о деци која су способна да формирају своје мишљење, па у

Поставља се питање, како се цени мишљење детета у судским поступцима и да ли се *a priori* узимају дечије жеље приликом доношења овако важних одлука. Суд је у обавези да узме у обзир изражено мишљење детета. Такође, у обавези је да мишљење пажљиво вреднује у поступку и посвети му дужну пажњу имајући у виду године и зрелост детета. Право на изражавање мишљења не треба схватити ако апсолутно право, у смислу да ће дете увек и са истим интензитетом износити мишљење и да ће то мишљење бити увек уважено (Новаковић, 2012: 197). Наведено право Конвенцијом није прописано као неограничено, већ је препуштено националним законодавствима да предвиде та ограничења, а једно од таквих је и животна доб и зрелост детета, односно, његова способност за расуђивање. Примера ради, наше законодавство одређује границу животног доба од 10 година, која је, како се истиче у правној теорији, доста ниско постављена. Међутим, чињеница да ће дете и његово мишљење бити саслушано, не значи и да ће аутоматски бити прихваћено или одлучујуће приликом доношења одлуке. Задатак суда је довођење става детета у интеракцију са свим другим факторима утврђивања најбољег интереса (Палачковић, 2013: 272). Откривање и остварење најбољег интереса детета крајњи је циљ укупних активности, па и активности суда, што условљава став о извесној подређености свих делатности појединаца и органа овом принципу (Палачковић, 2006: 539). Тако, суд неће прихватити формирано мишљење

том смислу, поред чињенице што деца парничних странака у конкретном случају, по оцени овог суда, нису у узрасту када могу да формирају своје мишљење, иако су пред Центром за социјални рад изјавила да је њихова воља да живе са оцем, у конкретном случају таква њихова воља се не поклапа са њиховим најбољим интересом, те је правилно првостепени суд донео одлуку да ће самостално вршење родитељског права над малолетном децом парничних странака вршити мајка (*Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 476/12 од 24.07.2012. године*).

Коментар: У овој одлуци, нижестепени суд је погрешно оценио да су деца мала да би могла да формирају своје мишљење, иако се ради о деци школског узраста. Исти став је заузео и суд више инстанце. Сматрамо да је изнет став апелационог суда по овом питању контрадикторан. Са једне стране, најпре оцењује да деца *нису у узрасту када могу да формирају своје мишљење*, а затим и поред такве своје оцене истиче да изјављено мишљење није у складу са дечијим најбољим интресом. Даље, у овој одлуци се наводи да су „деца пред Центром за социјални рад била искључиво стидљива и са њима је тешко успостављена комуникација. На питање са ким би волела да живе изјавили су да је то отац, првенствено због бабе и деде и старе школе, али на питање кога више воле од родитеља, изјавили су да воле обоје“. Овакав приступ и директна питања упућена деци сматрамо потенцијално негативним. Ова и слична питања (приликом опсервације деце за потребе поступка) не треба постављати јер могу да доведу до конфликта лојалности, стављања детета у позицију да се определи за једног од родитеља и изазивања кривице код деце.

детета, ако то није у његовом најбољем интересу, па ће се овим принципом руководити током целог судског поступка и у доношењу одлуке.¹³

Такође, суд нема процесну дужност да образложе на основу којих чињеница је закључио да слободно изражено мишљење детета није у складу са његовим најбољим интересом. Можда је у текст Породичног закона требало унети правило којим би суду било изричито наложено да у образложењу коначне одлуке наведе разлоге због којих мишљење детета није уважено, јер би се таквим правилом обезбедила процесна гаранција да мишљење детета добије адекватан третман и значај у поступку, тј. да буде брижљиво размотрено и вредновано и оствари одговарајући утицај на садржину саме судске одлуке (Петрушић, 2006: 115).

Дужност да изнесу околности које су имали у виду приликом заузимања става да изражено мишљење детета није у његовом најбољем интересу, немају ни колизијски старатељ, ни привремени заступник. Дете, при том, не располаже ниједним процесним средством које може употребити против овакве дискреционе одлуке која не подлеже никаквој контроли (Петрушић, 2006: 113).

4. Домен примене права детета на изражавање мишљења у судском поступку

Област примене права детета на изражавање мишљења прилично је флуидна (Поњавић, 2014: 267). Наведено право односи се и треба да буде примењено на сва питања која су од интереса или важности за дете, односно на питања која на неки начин могу да утичу на његов/њен живот. Примери учешћа у поступцима пред судом су различити. Тако, у поступку за развод брака, дете може да изрази свој став у вези са доношењем одлуке о вршењу родитељског права. У овим случајевима остваривање права детета на слободно изражавање мишљења представља у ствари изјављену жељу детета са којим родитељем жели да живи. Партиципација детета не

13 Видети пресуду *Врховног суда Србије, Рев. 930/09 од 16.04.2009. године*, у ком случају суд није прихватио мишљење детета узраста од 9 година, које је изјавило жељу да оца не виђа, сматрајући да то није у његовом најбољем интересу. Видети и пресуду *Врховног суда Србије, Рев. 1368/08 од 28.05.2008. године*, где је утврђено да дететове жеље нису у складу са његовим потребама, нити је то у његовом најбољем интересу. У том смислу је и пресуда *Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 317/11 од 24.05.2011. године*. За другачији став суда, видети пресуду *Врховног суда Србије, Рев. 1048/08 од 23.04.2008. године*, где је суд закључио да се малолетно дете налази у узрасту када је важна улога оца као узора за идентификацију, па како су оба родитеља способна да обављају родитељску функцију, мишљење детета и његова изражена воља да буде са оцем јесте у његовом најбољем интересу, због чега је тужбени захтев мајке одбијен.

значи да се оно директно пита о томе, већ се постављају питања која су довољно добри индикатори за оно што се жели утврдити, посматрају се и процењују односи између родитеља и деце, истражује се који родитељ има улогу примарног родитеља, најбољи интерес деце и сл.¹⁴

Аналогно томе, слично се резонује о праву детета да слободно изрази мишљење и у поступку измене одлуке о вршењу родитељског права.¹⁵ При том, мишљење детета о томе којем родитељу жели да буде поверено на старање мора се узети у обзир, али није једина чињеница од значаја за доношење одлуке о поверавању малолетног детета једном од родитеља.¹⁶ Такође, правни положај родитеља имају и усвојитељи, што значи да имају сва права и дужности из садржине родитељских права. Са друге стране, могу бити ограничени у вршењу родитељских права или пак лишени родитељских права према усвојенику, под условима и на начин прописан

14 *Из образложења:* Према налазу и мишљењу стручне службе за посредовање у породичним односима, Градског центра за социјални рад, Одељење __, које је дато по обављеном интервјуу са супружницима, мал. децом и прибављеном мишљењу педагога основне школе коју похађа мал. кћи странака у најбољем интересу мал. деце је да се повере оцу. Отац је изузетно привржен деци, а време је показало да је његова мотивација за бригом о деци суштинске природе и да се испољава кроз непосредну бригу и ангажовање. У поступку пред стручном службом за посредовање у породичним односима оба детета су се изјаснила да им отац пружа већи осећај сигурности и да ће уколико остану да живе са њим задржати исти квалитет живота што је битно за њихову стабилност и даљи развој. Деца су емоционално везана за оба родитеља, али и међусобно и упућена су једно на друго. Код деце је изражена жеља да наставе да живе заједно. Према мишљењу стручне службе отац има јасно дефинисану будућу организацију реализације живота деце, за разлику од мајке која не манифестује за децу очекивану ангажованост, што децу управо више и упућује на оца (*Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 562/10 од 08.09.2010. године*). Видети и пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 348/12 од 04.06.2012. године.

15 *Из образложења:* Према утврђеном чињеничном стању, између родитеља постоји отворено непријатељство и изразито конфликтан однос који је неповољан за развој деце. Деца су добри ђаци, активни у школи и ваннаставним активностима. Малолетни син је више пута тестиран и исказао јасну жељу да жели да живи са оцем. Према предлогу Центра за социјални рад, стекли су се услови за измену одлуке о вршењу родитељског права, тако да отац врши родитељско право према малолетном сину, а мајка према малолетној ћерки самостално. Према одлуци првостепеног суда, стекли су се услови из чл. 77. ст. 5. Породичног закона, да тужилац самостално врши родитељско право према обоје малолетне деце. По оцени другостепеног суда, првостепени суд је погрешно применио материјално право и то одредбу чл. 266. и чл. 65. Породичног закона. У конкретном случају, са обзиром на узраст малолетне деце, суд је био дужан да им омогући да изразе своје мишљење, у смислу цитираних законских прописа и да приликом одлучивања има у виду мишљење детета (*Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1558/10 од 14.03.2010. године*).

16 Видети пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3258/08 од 10.12.2008. године.

Породичним законом. Сходно томе, с обзиром да оваква одлука тангира и дете, неопходно је и у тим поступцима саслушати мишљење детета.¹⁷

Деца и родитељи (укључујући свакако и ванбрачну и усвојену децу) имају право да одржавају личне односе. У поступку који се води о праву детета на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи, мишљење детета и његов став о том питању су изузетно значајни.¹⁸ Одржавање личних односа између детета и родитеља може се посматрати, пре свега, као право детета, али је истовремено и право и дужност родитеља. Међутим, одредбом чл. 61. ст. 5. Породичног закона, знатно је шири круг лица којима се признаје право на одржавање личних односа са дететом, с обзиром да се и сродницима и другим лицима признаје ово право, уколико дете за њих везује посебна блискост.¹⁹ Ту се не мисли само на крвне сроднике (бабу, деду, прабабу, прадеду, сестру, брата, полусестру, полубрата, ујака, тетку, стрица), већ и на друге особе које су имале или имају важну улогу у животу детета, као што је рецимо хранитељ или пасторак/пасторка са очухом/маћехом. Заштитна и психолошко-емотивна функција остварује се у пуној мери кроз одржавање личних односа детета са сродницима, док се проширењем права и на лица која не морају бити сродници води рачуна о емоционалним потребама детета (Николић, 2007: 546). Приликом одлучивања о захтеву сродника да одржавају личне односе са малолетним дететом од значаја је да ли стварно постоје блиске личне везе сродника са малолетним дететом, те да ли би одржавање личних односа са сродницима било у најбољем интересу детета, што је у сваком случају чињенично питање. Опет, од значаја је изражено „информисано” мишљење детета у том поступку.²⁰

17 Видети пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2. 797/2011 од 22.12.2011. године.

18 Из образложења: Из исказа мал. А.П. која је саслушана без присуства родитеља, првостепени суд је закључио да је њена жеља да се виђа са мајком у Н.С. или у Р. у присуству оца, из страха да ће је мајка поново одвести у В. где јој није било лепо за време боравка када ју је мајка одвела без да је о томе претходно обавестила оца. Из исказа мал. А.П. првостепени суд је утврдио да се и до сада виђала са мајком у кући Р. у делу у којем живе баба и деда са мајчине стране, а да је тата боравио у другом делу куће. Наведеним моделом одржавања личних контаката тужене и мал. детета поштована је жеља мал. детета, јер је првостепени суд, сходно одредби чл. 65. ст. 4. Породичног закона, узео у обзир мишљење малолетног детета дато у поступку (Пресуда Округног суда у Новом Саду, Гж. 7066/06 од 27.12.2006. године). Видети и Решење Округног суда у Новом Саду, Гж. 3384/2006 од 27.6.2006. године.

19 Видети пресуду Апелационог суда у Београду, Гж2 1078/12 од 31.10.2012. године.

20 Из образложења: Првостепена пресуда је искључиво заснована на мишљењу органа старатељства. Није уопште спорно да се у оваквој врсти спора мора уважити мишљење стручних установа, а орган старатељства свакако спада у такве установе. Орган старатељства у свом извештају од 28.12.2009. године детаљно анализира со-

Ипак, претходно наведени поступци, у којима дете има право да изрази своје мишљење, не исцрпљују листу могућих. У складу са тим, мишљење треба саслушати и у поступку заштите права детета, у поступку у спору за заштиту од насиља у породици, у спору за издржавање, за поништење усвојења, у спору о материнству и очинству, као и свим оним поступцима чији крајњи исход тангира и дете.

5. Закључак

Право детета на слободно изражавање мишљења спада у ред тзв. партиципативних права детета. Наведено право је процесно операционализовано Породичним законом. Његова реализација у судском поступку подразумева право да дете добије све релевантне информације на начин и у складу са његовим узрастом, да буде информисано о могућим последицама поступања које могу да произађу из његовог исказаног мишљења, право да дете буде консултовано и да изрази мишљење у поступку и право да му се предоче последице свих одлука које се доносе у поступку.

Суд има дискреционо право да оцењује да ли је дете способно да формира мишљење, а законодавац није предвидео никакве принципе којима треба да се руководи у овој процени. Дете, у ствари, не ужива потпуну заштиту гарантованог права. Разлог је што није предвиђено средство или инструмент који би дете могло да употреби за случај да буде погрешно оцењено и закључено да дете није способно да формира мишљење. Са друге стране, стоји проблем уважавања исказаног мишљења, с обзиром да је Породичним законом регулисано и заштићено само право на изражавање мишљења детета, али не и право на уважавање истог, што може да доведе до тога да дете буде неосновано лишено овог права. Суд нема обавезу да

цијално-економске и породичне прилике у којима живи мал. А., на који начин је са њом успостављен контакт, те се на бази тога закључује да је мал. А. формирала своје мишљење везано за виђање са бабом и дедом по оцу и да га слободно изражава, а да у овом моменту она није спремна да такве односе са њима одржава. Из поменутог извештаја органа старатељства се не може утврдити каква су то обавештења, а везана за остваривање најбољег интереса мал. детета у односу на конкретно питање, детету презентирана од стране стручњака органа старатељства, а на основу којих је дете формирало своје мишљење, односно није јасно на који начин је мал. А. формирала своје мишљење у датој ситуацији. Мајка мал. детета је у парници истицала страхове који постоје код детета од евентуалне могућности одузимања детета од стране оца, одређене психолошке проблеме које је дете имало поводом тога, због чега је и лечено. Стоји чињеница да орган старатељства није обавио никакав разговор са овде тужиоцима, па ни са тог аспекта детету нису дата потребна обавештења (*Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, ГЖ2 225/11 од 23.05.2011. године*). Видети и пресуду *Врховног касационог суда, Рев. 2401/2010 од 28.4.2010. године*.

образложи зашто мишљење детета није узето у обзир, односно није у складу са његовим најбољим интересом.

Дете мишљење може изразити непосредно или посредством других лица. Ако дете није непосредно изразило мишљење, онда дужност да суду пренесу мишљење детета имају колизијски старатељ односно, привремени заступник детета, али у закону нигде нису наведени критеријуми на основу којих се утврђује када ће дете непосредно изразити мишљење, а када ће то учинити преко колизијског старатеља, односно, привременог заступника.

Конвенција право на слободно изражавање мишљења не лимитира узрастом детета, већ способношћу детета да формира мишљење. Имајући у виду значај овог фундаменталног права детета на слободно изражавање мишљења, може се рећи да је законодавац у извесној мери одступио од конвенцијских стандарда. Одредбе Породичног закона којима је законодавац регулисао ово право и његови домети сужени су због постављених законских ограничења, па су стандарди домаћег права нижи од оних који су установљени Конвенцијом о правима детета. Зато и остаје утисак да ово изузетно важно право детета није адекватно нормативно конкретизовано и да се због тога, у извесној мери, у пракси има проблема у његовом остваривању.

Литература

Van Bueren, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers

Вучковић Шаховић, Н. (ур.) (2011). *Права детета у међународним документима*, Београд: Заштитник грађана, Повереник за заштиту равноправности, http://www.ombudsman.rs/attachments/2145_PDFPrava_detet_u_medjunarodnim_dokumentimaF.pdf

Вучковић Шаховић, Н. (2000). *Права детета и међународно право*. Београд: Југословенски центар за права детета

Драшкић, М. (2011). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Делибашић, З. (2006). *Права детета у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права*. *Билтен Округног суда у Београду*. 74. 20-30

Јовић, О. (2008). *Право детета на слободно изражавање мишљења*. *Билтен Округног суда у Београду*. 78. 71-84

Ковачек Станић, Г. (1994). Правни израз родитељства. Нови Сад: Правни факултет

Lansdown, G. (2011). Every child's right to be heard, A resource guide on the UN Committee on the rights of the child general comment no.12, London, www.unicef.org/adolescence/files/Every_Childs_Right_to_be_Heard.pdf

Николић, М. (2007). Легитимација сродника у спору за уређење личних односа са дететом. Билтен судске праксе - Врховни суд Србије. 3. 532-545
Новаковић, У. (2012). Право детета на изражавање мишљења, у: Г. Марковић (ур.), Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног (стр. 183-199). Источно Сарајево: Правни факултет

Палачковић, Д. (2013). Најбољи интерес детета – „Изјава тежње“ или дужност?. У Б. Влашковић (ур.). Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (стр. 263-279). Крагујевац: Правни факултет

Палачковић, Д. (2006). Конвенција о правима детета и Породични закон. У Г. Станковић, (ур.), Новине у породичном законодавству (стр. 23-38). Ниш: Правни факултет

Палачковић, Д. (2006). Поступак у спору за заштиту права детета. У З. Поњавић (ур.), Ново породично законодавство (стр. 531-548), Крагујевац: Правни факултет

Палачковић, Д. (2002). Значај воље малолетника у контексту права на самоодређење. Правни живот. 9. 693-710

Петрушић, Н. (2013). Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 65. 161-181

Петрушић, Н. (2007). Право детета на слободно изражавање мишљења-материјалноправни и процесни аспект. Билтен судске праксе Врховног суда Србије. 3. 512-531

Петрушић, Н. (2006). Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије. У Г. Станковић, (ур.), Новине у породичном законодавству (стр. 99-118). Ниш: Правни факултет

Поњавић, З. (2014). Породично право. Крагујевац: Службени гласник

Поњавић, З. (2012). Утврђивање мишљење детета у парницама за развод брака у контексту најбољег интереса детета. У Г. Марковић (ур.), Начела и вриједности правног система-норма и пракса (стр. 30-52). Источно Сарајево: Правни факултет

Станковић, Г. (2012). Дете као странка у парничном поступку. У Г. Марковић (ур.), Права дјетета и равноправност полова-између нормативног и стварног (стр.29-46). Источно Сарајево: Правни факултет

Станковић, Г. (1997). Процесни положај детета у парничном поступку. У Н. Вучковић Шаховић (ур.), Права детета у свету и Југославији (стр. 111-116). Београд: Београдски центар за људска права

Прописи

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета. Службени лист СФРЈ – Међународни уговори. Бр.15 (1990)

Породични закон, Службени гласник РС. Бр. 18 (2005)

Судска пракса

Решење Окружног суда у Новом Саду, Гж. 3384/2006 од 27.06.2006. године

Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж2. 14/2006 од 06.09.2006. године

Пресуда Окружног суда у Новом Саду, Гж.7066/06 од 27.12.2006. године

Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19.04.2007. године

Решење Врховног суда Србије, Рев. 2393/07 од 12.09.2007. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1048/08 од 23.04.2008. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1368/08 од 28.05.2008. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3258/08 од 10.12.2008. године

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 930/09 од 16.04.2009. године

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1558/10 од 14.03.2010. године

Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2401/2010 од 28.04.2010. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 562/10 од 08.09.2010. године

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж2 225/11 од 23.05.2011. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 317/11 од 24.05.2011. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 797/2011 од 22.12.2011. године

Пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 348/12 од 04.06.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2 476/12 од 24.07.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 1078/12 од 31.10.2012. године

Sanda Ćorac, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

The Right of the Child to Express Opinion in Judicial Proceedings

Summary

The Convention on the Rights of the Child falls into the group of the basic international instruments that define the corpus of universal human rights. This Convention may be described as innovative because it has established a set of new rights, including the right of the child to express his/her opinion.

One of the most significant innovations introduced by the Family Act of the Republic of Serbia (2005) is the right to participation, which is a major step forward in raising awareness about the child as a person who is entitled to actively participate in exercising his/her rights. A child who is capable of forming his/her opinions is entitled to express those opinions in judicial proceedings concerning the child. The court shall allow the child to express his/her opinion and his/her views shall be taken into account.

In this paper, the author observes this right within the scope of civil proceedings. First, the author points out to some inconsistencies and dilemmas pertaining to this guaranteed right and its exercise. Further on, the author focuses on the judicial practice (case law) of national courts in order to illustrate how and to what extent the right of the child to express his/her opinion is actually recognized and fully implemented.

The application of the child's right to express his/her opinion is pretty fluid and this right applies to all cases and matters involving children. The most important principle in all cases concerning children is "the best interests of the child" or "the child's welfare", both in the course of administering child-related matters and in the process of making and implementing decisions concerning the child. The fact that the child's opinion is to be heard in the decision-making processes does not automatically imply that it will be accepted as crucial. In judicial proceedings, the expressed opinion of the child must be assessed precisely in the accordance with the child's best interests.

Considering the importance of the fundamental right of the child to be heard, the Serbian legislator has not significantly departed from the standards envisaged in the Convention. The scope of this right, which is regulated in the Family Act (2005), has been slightly narrowed in comparison to the Convention provisions primarily due to the legal restrictions and standards in domestic law.

Keywords: Convention on the Rights of the Child, Serbian Family Act (2005), the right of the child to freedom of expression, judicial proceedings.

Иван Илић*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

Стручни чланак

UDK: 343.988-053.2/.6:343.211.3

Рад примљен: 27.03.2014.
Рад прихваћен: 30.04.2014.

ПРОЦЕСНА ЗАШТИТА МАЛОЛЕТНИХ ЖРТАВА ЗЛОСТАВЉАЊА И ЗАНЕМАРИВАЊА**

Апстракт: Рад представља анализу законског оквира процесне заштите малолетних оштећених, са посебним освртом на жртве злостављања и занемаривања. Осим законске, представљена је подзаконска регулатива, усвојена с циљем успостављања посебних стандарда и вишег нивоа заштите малолетних жртава злостављања и занемаривања. Национална регулатива посматра се из дискурса достигнутих међународних стандарда заштите сведока и оштећених, док је у закључном делу рада дата анализа стања у практичној примени легислативног оквира процесне заштите малолетних жртава.

Кључне речи: заштита сведока, секундарна виктимизација.

1. Уводна разматрања

Насиље према деци са правом се означава као најтежи вид насиља у породици, као и насиља уопште (Костић, Константиновић Вилић 2012: 131). Такав закључак произлази, првенствено због узраста, те психичког и физичког развоја деце, што их чини инфериорним у односу на одрасле, а такође и због крвне и емоционалне повезаности између деце и родитеља. Позитиван тренд еволуције друштвене реакције на насиље према деци огледа се у тежњи да се насиље открије, прекине злостављање а починиоци санкционишу. Основни међународноправни документ у области заштите

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** 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.

права деце, Конвенција о правима детета¹, насиље према деци дефинише као повреду једног од основних права на заштиту од физичког и психичког насиља, повређивања и злостављања, занемаривања или немарног поступања, малтретирања или експлоатације и сексуалног злостављања (члан 19. Конвенције).

Конкретне мере заштите детета предвиђене су у Конвенцији Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања („Службени гласник РС – Међународни уговори“, 1/2010), коју је Србија ратификовала 2010. године. У члану 31. Конвенције, прописане су опште мере за заштиту жртава и сведока у свим фазама кривичног поступка, као и пре отпочињања кривичног поступка. Предвиђено је обавезно обавештавање жртава о њиховим правима у поступку и службама за пружање помоћи. То даље имплицира установљавање таквих служби. Посебно се апострофира право на обавештавање жртава о привременом или трајном пуштању на слободу окривљеног. Наглашена је потреба да се чује глас жртава, те да оне буду саслушане, у својству сведока. Потребно је обезбедити заштиту идентитета, лика, односно приватности жртава уопште, спречавањем обелодањивања информација о жртви. Конвенција заштиту личне безбедности шири и на чланове породице жртве. Посебно је важно осигурати избегавање контакта између окривљеног и жртве, у полицији и на суду. Од овога Конвенција допушта изузетак, када је могућ контакт, ако је то у најбољем интересу детета или је такав контакт неопходан ради истраге. У примени овог изузетка треба ићи максимално рестиктивно, имајући у виду да је прописан путем правног стандарда, под који би се, у пракси могло штошта подвести, што би за епилог имало секундарну виктимизацију детета.

У ставу 2. члана 31. Конвенције, прописано је право жртава на приступ информацијама о току поступка. Предвиђено је, такође, право на бесплатну правну помоћ (члан 31. став 3. Конвенције) и право на именовање посебног заступника жртве, у ситуацији када родитељи не могу заступати дете, услед сукоба интереса (члан 31. став 4. Конвенције). Према одредбама Конвенције, постоји могућност да различите фондације, удружења, групе и невладине организације пружају помоћ и подршку жртвама, током поступка (члан 31. став 5. Конвенције). Најзад, прописано је да се информације жртвама пружају на матерњем језику, на начин, прилагођен узрасту и степену развоја жртава.

1 „Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ - Међународни уговори“, бр. 4/96 и 2/97.

Током развоја науке кривичног процесног права уочена је посебна потреба за заштитом пасивног кривичноправног субјекта, нарочито малолетних лица (Костић, 2009:161-182, Константиновић Вилић, Костић, 2007:87-102.). У том смислу, најпре је потребно разграничити појам оштећеног, од појма жртве. Према процесном закону, оштећени је лице, чије је лично или имовинско право повређено или угрожено извршењем кривичног дела (члан 2. ЗКП). Законик о кривичном поступку Србије („Сл. гласник РС“, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013), дакле, не оперише појмом жртве, већ само појмом оштећени. У том својству, најчешће се појављује пасивни субјект кривичног дела, али оштећени у поступку може бити и члан породице, код примера ради кривичног дела убиства. Стога се, сасвим оправдано, сматра да је оштећени појам шири од појма жртве (Шкулић, 2009:105).

Основни разлог одвајања мера заштите оштећених малолетних сведока у кривичном поступку јесте потреба за спречавањем секундарне виктимизације. Она представља ескалацију последица, насталих примарном виктимизацијом, односно извршењем кривичног дела, услед неадекватне реакције органа вођења кривичног поступка, породице и социјалне средине, уопште (Костић, и др. 2012:450). 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 (Јовановић, Галоња, 2001:76). 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.

2. Законски оквир заштите малолетних оштећених

Будући да су виктимогене предиспозиције услед узраста и психофизичког развоја, нарочито изражене код деце и малолетника, апсолутно је оправдано ширење опсега заштитних мера на ову категорију посебно осетљивих сведока. Мере процесне заштите малолетних сведока-оштећених прописане су у трећем делу Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица („Сл. гласник РС“, 85/2005, у даљем тексту ЗОМ), под називом „посебне одредбе о заштити малолетних лица као оштећених у кривичном поступку“. Одредбама овог закона установљена је посебна форма поступка (Ђурђић, 2011:3), с циљем

да се применом низа заштитних мера спречи секундарна виктимизација оштећених малолетних лица. 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 од председника судећег већа, јавног тужиоца, истражног судије, припадника полиције и пуномоћника оштећеног малолетног лица, постављеног по службеној дужности. Није јасно из ког разлога су од обавезе специјализације изузете судије чланови већа.

Реч је о поступку, који се покреће по службеној дужности против пунолетних учинилаца законом таксативно набројаних кривичних дела (примера ради: тешко убиство, тешка телесна повреда, силовање, обљуба са дететом, ванбрачна заједница са малолетником, недавање издржавања и др.), када је оштећени малолетно лице. Законодавац, додуше, 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 (Кнежевић, 2010:325). Остављена је, међутим, 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 новелирања КЗ 2009. године и није обухваћено одредбама ЗОМ, јер је тај закон донет 2005. године и, у међувремену, није мењан ни допуњаван. С 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 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.

Вишеструко испитивање може изазвати посебно тешке и озбиљне психичке последице по малолетне оштећене. Осим тога, под утицајем ауторитета и услед страха, касније дати искази могу бити квалитативно другачији, неретко прожети маштом и фантазијама детета. Нарочито је потреба за елиминисањем вишекратног испитивања изражена код деце жртава сексуалних деликата, услед потребе да потисну трауму.

Ограничење броја саслушања малолетних оштећених предвиђено је у члану 152. ЗОМ. Наиме, малолетна лица, оштећена извршењем кривичног дела могу се у поступку саслушати највише два 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 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 пута², што је у пракси најчешћи случај. Тиме се наноси ненадокнадива штета малолетним лицима, који 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.

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 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. С друге стране, нејасно је каква је њихова улога, приликом испитивања. Да ли они

2 У пракси су забележени случајеви вишеструког саслушања малолетних жртава трговине људима. Видети у: 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).

непосредно разговарају са малолетним оштећеним, или само разјашњавају питања, прилагођавајући их узрасту и степену развоја.

Идеје о омекшавању законске регулативе, у смеру релативизације присуства стручних лица испитивању малолетних оштећених, изнад 14 година, изражене у радној групи за измену ЗОМ, апсолутно су неприхватљиве (Кнежевић, 2010:326). Новелирање 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.

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 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.

Ради 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. Поред тога, они се могу саслушати и у другој просторији, односно у установи која је специјализована за саслушање сведока. Иако је сама замисао свакако *in favorem* 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, у којима 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 у претходном одељку 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, произлази да је примена две заштитне мере (саслушање путем интерне телевизије и саслушање у свом стану) недовољно разграничена, што отежава практичну примену.

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 да се саслушава 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 њему супротни 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 таквом поступање везати за ситуације, када су примењене друге мере одступања од начела непосредности, о којима је било речи (Кнежевић, 2010:328).

Једна од често примењених процесних радњи у пракси, у поступку у коме учествује малолетни оштећени може изазвати озбиљне психичке последице. Реч је о суочењу. Стога се у лепези мера заштите ове категорије сведока често наилази на забрану суочења малолетног оштећеног са

окривљеним и другим сведоцима. Такав је случај са ЗОМ. У члану 153. прохибитивном нормом елиминисана је 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, могло би 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. Сматрамо да би се у забрани суочења могло отићи корак даље, на тај начин што би се безусловно елиминисала могућност суочења било ког малолетног оштећеног са окривљеним и сведоцима.

У току кривичног поступка, понекад је потребно решити спорну чињеницу о идентитету неког лица. С тим циљем, приступа се препознавању лица ради утврђивања идентитета окривљеног, жртве или несталог лица. (Стевановић, Ђурђић, 2006:295) 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 препознавање врши. Осигурање конспиративности 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.

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. С 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 из наредног става, према којој ће се малолетном оштећеном, који нема пуномоћника, он бити постављен, из реда адвоката, који поседују посебна знања из области заштите малолетних лица. Трошкови заступања падају на терет буџета.

Наш законодавац се, дакле, определио за обавезно заступање малолетних оштећених, 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.

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. Према ЗОМ, поступак према малолетнику у коме је оштећено малолетно лице 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 промтном заштитом малолетних оштећених, посебно жртва 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 строгих рокова за извођење процесних радњи и заштитних одредаба од могућности изигравања обавеза актера поступка. Најзад, трајање поступка зависи од доследне примене законских норми, што је давнашња рак-рана нашег правосуђа.

3. Подзаконска регулатива заштите жртва злостављања и занемаривања

Из разлога наведених у уводном делу рада, препозната је потреба да се у кривичном поступку, у коме партиципира дете, жртва злостављања и занемаривања, омогући виши ниво заштите малолетног лица, од оног који пружа законски оквир, установљем ЗОМ. С тим циљем је, најпре усвојен Национални план акције за децу, од стране Владе Републике Србије, 2004. године. Њиме је предвиђено доношење Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања (у даљем тексту: Општи протокол), који је усвојен 2005. године.³ зацртани циљ доношења Општег протокола је успостављање међусекторске сарадње за заштиту деце од злостављања, занемаривања, искоришћавања и насиља. То треба да резултира смањењем тамне бројке свих облика злоупотреба и занемаривања деце. Општим протоколом је предвиђено учешће здравствених, образовних и установа социјалне заштите, те полиције и правосуђа у заштити деце од злостављања и занемаривања. Улога координатора поверена је Центрима за социјални рад.

Након пријављивања случајева потенцијалног злостављања или занемаривања детета јавном тужиоцу⁴, или органу старатељства, на шта су обавезане здравствене, образовне, дечје, установе социјалне заштите и други државни органи, као и сви грађани, врши се тријажа, након чега се, као један од исхода, могу предузети мере неодложне интервенције за заштиту детета. Те мере се предузимају након заједничког разматрања

3 Закључак Владе 05 број: 5196/2005 од 25. 08. 2005. године. <http://www.minrzs.gov.rs/doc/porodica/zlostavljanje/Opsti%20protokol%20zlostavljanje%20i%20zanemarivanje%20deca.pdf>, приступ: 27.08.2013. године.

4 Јавном тужиоцу се случајеви злостављања и занемаривања пријављују у случају када су доведени у опасност живот и здравље детета, односно када је реч о кривичном делу, за које се гони по службеној дужности. Реч је, заправо, о општој обавези пријављивања кривичних дела, сходно члану 223. став 1. ЗКП.

стратегије заштите од стране Центра за социјални рад, полиције и других служби. Када постоји сумња да је извршено кривично дело, потребно је хитно обавестити јавно тужилаштво и полицију, и даље кораке, са циљем заштите детета, предузимати координирано.

На челу тима налази се водитељ процене, који треба да процени степен ризика од примене насиља над дететом. Водитељ случаја доноси одлуку да постоји потреба за применом мера заштите детета од злостављања и занемаривања, ако је дете претрпело физичке и менталне повреде, или постоји опасност да дође до таквог исхода. Тада се заказује консултативни састанак, на коме присуствују представници Центра, полиције и других релевантних органа. Консултативни састанак се заказује и када је потребно прибавити доказе за судски поступак, а истовремено постоји потреба за заштитом детета од потенцијалних траума, које могу настати услед секундарне виктимизације због вишеструког испитивања. Након тога, када се утврди постојање потребе за применом мера заштите, водитељ случаја може сазвати конференцију случаја, чији исход је усвајање плана за заштиту детета, именовање одговорних лица, за спровођење плана и утврђивање датума састанка за евалуацију и ревизију.

Према томе, Општим протоколом је успостављен систем заштите деце од злостављања и занемаривања, са координативном улогом Центра за социјални рад. Заштита се пружа што хитније, од откривања случаја, дакле, са аспекта тока кривичног поступка, то ће бити период пре формалног отварања поступка, односно током преткривичног поступка. У томе се огледа основни бенефит постојања оваквог прописа, којим је омогућено пружање заштите, у временском периоду када још није могуће применити мере процесне заштите малолетних оштећених.

Националним планом акције за децу предвиђено је усвајање посебних протокола, којима ће се ближе регулисати посебни поступци заштите деце – жртва у поједним областима (здравство, образовање, правосуђе) и од стране различитих служби (полиција). Имајући у виду да је полиција прва инстанца реакције, по сазнању за случајеве злостављања и занемаривања, од великог значаја је усвајање Посебног протокола о поступању полицијских службеника у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања⁵ из 2006. године. Њиме су регулисано поступање полицијских службеника према малолетним лицима, као учиниоцима, сведоцима и оштећенима, у прекршајном и кривичном поступку. Установљене су обавезујуће смернице за припаднике полиције у поступању са малолетним лицима, жртвама

5 http://www.unicef.org/serbia/Posebni_protokol_-_MUP%281%29.pdf, приступ: 27.08.2013. године.

злостављања и занемаривања. Према малолетном оштећеном поступају овлашћена службена лица, која поседују посебна знања из области заштите малолетних лица.

У одељку V Посебног протокола регулисано је поступање у случају сумње да је извршено кривично дело или прекршај са елементима злостављања и занемаривања. У ситуацији када се прикупљање обавештења од малолетног оштећеног обавља у службеним просторијама, потребно је обезбедити присуство родитеља, усвојоца, односно, стараоца. Алтернативно, потребно је присуство стручног лица из органа старатељства, када су родитељ, усвојилац или старалац недоступни, или се процени да су интереси малолетног оштећеног и родитеља противречни. Терцијарно, уколико није могуће обезбедити присуство стручног лица, прикупљању обавештења може присуствовати одговорно лице из установе за смештај малолетника, психолог, педагог или дежурни васпитач школе, коју похађа малолетно лице. Свакако да је присуство ових лица корисно за малолетног оштећеног, будући да је реч о блиским особама, од поверења, што консеквентно доводи до опуштања и повећања нивоа самопоуздања детета, јер те особе оно види као својеврсну потпору.

Када се након прикупљања обавештења установе основи сумње о извршењу кривичног дела са елементима злостављања и занемаривања, потребно је јавном тужиоцу поднети кривичну пријаву. Потребно је, такође, упутити малолетног оштећеног на лекарски преглед, како би се констатовале повреде и узела изјава од лекара, што чини доказну основу и потпору за одлучивање о покретању поступка. Службеници полиције треба да стараоца малолетног оштећеног информишу о службама пружања помоћи и подршке. То је од значаја, јер је за превазилажење преживљених траума и реинтеграцију жртава неопходно што пре започети са програмом. О свим прикупљеним обавештењима обавештава се јавни тужилац, да би се, у координацији предузеле даље мере и кораци.

Посебним протоколом уређено је поступање полицијских службеника на месту извршења кривичног дела, приликом вршења увиђаја и приликом саслушања сведока, по овлашћењу јавног тужиоца (члан 258. став 1. и 2. ЗКП). Одредбе Посебног протокола свакако доприносе повећању нивоа заштите малолетног оштећеног, али их треба додатно обогатити још неким међународним стандардима поступања, као што су обављање разговора у прилагођеној просторији, неношење службене униформе приликом обављања разговора, физичко раздвајање малолетног оштећеног од осумњиченог, сачињавање видео записа, итд.

С циљем успостављања ефикасне међусекторске сарадње у спречавању и сузбијању злостављања и занемаривања деце, донет је Посебни

протокол о поступању правосудних органа у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања.⁶ У њему су дефинисане процедуре поступања правосудних органа са малолетним лицима, жртвама злостављања и занемаривања. Наглашена је потреба сарадње са другим државним органима ради унапређења заштите деце жртава. За носиоце правосудних функција Протокол предвиђа почетну обуку, редовну обуку, провере знања и друге модалитете стручног усавршавања, под окриљем Правосудног центра за обуку и стручно усавршавање.

Део други Посебног протокола посвећен је заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања у кривичном поступку. По поднетој кривичној пријави, или када је јавни тужилац на други начин дошао до основа сумње да је извршено кривично дело на штету малолетног лица, потребно је посебно обратити пажњу на случајеве злостављања иили занемаривања. Неопходно је, такође, сагледати степен ризика и потребе малолетног лица. Протокол подсећа на релевантне одредбе ЗОМ о заштити малолетног оштећеног. Суд и тужилаштво су обавезани да створе услове за учешће малолетног лица у кривичном поступку. У том смислу, потребно је хитно спровођење мера физичке, психичке и социјалне заштите. Малолетно лице треба заштитити од медијске злоупотребе. Потребно је на примерен начин информисати малолетно лице о разлозима испитивања, саопштити му права и обавезе и значај његовог учешћа у поступку. Афирмисање исказивања и охрабривање да изрази сопствено мишљење, у атмосфери поверења и личне безбедности су, такође, значајни за малолетно лице.

Протокол подсећа на принцип обазривог поступања, а затим подвлачи потребу саслушања малолетног лица у присуству родитеља, усвојиоца или стараоца и других субјеката, када је у питању посебно осетљиви сведок. Прописана је обавеза заступника малолетног лица да поступа у најбољем интересу малолетног лица. Протокол препоручује саслушање малолетног лица, млађег од 14 година у посебној просторији, односно у природном амбијенту.

У одељку V(2) подвучена је обавеза за јавног тужиоца да, приликом поступања, има у виду потребу спречавања секундарне виктимизације малолетног оштећеног, као и потребу опоравка и реинтеграције. Протоколом се охрабрује коришћење у парничном поступку доказа, прибављених у кривичном поступку, са циљем ефикасности. На тој линији је препорука, да судско веће у грађанском поступку тражи сагласност

⁶ http://www.unicef.org/serbia/Posebni_protokol_-_pravosudje.pdf, приступ: 27.08.2013. године.

странака за одступање од начела непосредности, када је у питању исказ малолетног оштећеног, те да се прочита исказ, који је дало у кривичном поступку. Протокол захтева од јавног тужилаштва, полиције и органа старатељства координирану сарадњу и тимски рад, ради адекватне заштите интереса малолетног оштећеног у кривичном поступку.

Доношењем Општег и Посебних протокола, извршена је конкретизација законских одредби из ЗОМ о заштити малолетних оштећених, у кривичном поступку. На тај начин суд детаљније регулисани задаци појединих државних органа. Други важан допринос је потенцирање сарадње свих актера на заштити деце од злостављања и занемаривања. Стварање кохерентног система заштите доприноси ефикасности и делотворности прописаних мера, са учешћем различитих државних органа, из више области. Давањем улоге координатора Центру за социјални рад сматрамо оправданим, али је потребно спроводити евалуацију и контролу имплементације предвиђених мера заштите, као и учинити систем одрживим, динамичним и корективним. Управо на плану примене прописа има доста простора за напредак, те на томе треба инсистирати путем семинара, додатне обуке државних органа, јавним заговарањем путем медија и путем других доступних механизма.

4. Закључак

Малолетна лица, у својству сведока и оштећених у кривичном поступку, због посебне осетљивости, захтевају појачану пажњу органа вођења поступка. Та је потреба посебно изражена код деце, жртава кривичних дела, са циљем спречавања секундарне виктимизације. Позитивноправни легислативни оквир пружа солидну основу за заштиту малолетних лица. Заштитни механизам малолетних оштећених, према одредбама ЗОМ и секторским протоколима, у највећој мери је усаглашен са међународним стандардима заштите деце жртава. Даљи кораци могли би бити ка проширењу опсега заштите на сва кривична дела. Такође, достигнуте стандарде заштите малолетних оштећених треба проширити на све малолетне сведоке, и регулисати их у истом пропису. Проблем се, међутим, јавља у примени доступних мера заштите. Наиме, истраживање које је спровела канцеларија Заштитника грађана,⁷ показало је да се у пракси судова механизми заштите малолетних оштећених недовољно користе. Реч је, конкретно, о сведочењу из тзв. „скрин собе“, путем техничких средстава за пренос и бележење слике и звука. Малобројни су судови који

7 http://www.pravadeteta.com/attachments/506_14-2681-11-%20misljenje%20final.doc, приступ: 3.9.2013. године).

поседују опрему за овај модалитет сведочења. Утврђено је да је „скрин соба“ опремљена у само пет градова у Србији, при Центрима за социјални рад, а ни оне нису све у функцији. С друге стране, у оним судовима који поседују ову могућност, могућност сведочења из посебне просторије ретко је или уопште није коришћена. Поражавајуће делује податак, да су само три суда у Србији до сада користила могућност сведочења из „скрин собе“. У неким градовима судови нису ни били информисани да су ове просторије опремљене, што говори о лошој комуникацији са органом старатељства. У истраживању примена мера заштите малолетних сведока на подручју Ниша, дошли смо до информација да постоји могућност сведочења из посебне просторије, али се ретко примењује. У једном случају, у коме је недавно коришћена ова могућност, дошло је до квара технике, па је саслушање преношено у судници само аудио путем. Ни примена других прописаних мера није у потпуности заживела у пракси. То се нарочито односи на број испитивања малолетног лица. Примећено је да органи вођења поступка не предузимају мере, с циљем спречавања контакта између окривљеног и малолетног лица.

Ратификовани међународни документи захтевају да се обезбеди сигурност деце од застрашивања, одмазде и секундарне виктимизације. У поступању са малолетним оштећенима треба се руководити њиховим најбољим интересом. Судови имају на располагању читаву лепезу мера којима се могу остварити наведени захтеви. Потребно је искористити расположиве ресурсе, а у оним судовима, у којима није могућа примена неких мера, учинити иницијативу да се техничке могућности побољшају. Од великог значаја за заштиту деце била би боља комуникација и координација између судова, тужилаштва и центара за социјални рад. Некористићењем расположивих ресурса неповољно се утиче не раст и развој деце. Смисао и основни циљ прописаних мера заштите није да изазову нову трауматизацију, већ су усмерене ка рехабилитацији и реинтеграцији психофизичког здравља малолетних лица. Због тога је неопходно вршити периодичну едукацију органа вођења поступка, те својеврсну контролу и евалуацију примењених мера заштите. Само на тај начин, у будућности ће се, на адекватан начин, заштитити добробит малолетних лица, која су субјекти кривичног поступка са својством сведока, а нарочито ако су жртве злостављања и занемаривања.

Литература

Ђурђић, В. (2011), *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш;

Јовановић, С., Галоња, А. (2001), *Заштита жртава трговине људима у кривичном и прекршајном поступку*, Београд;

Константиновић– Вилић, С., Костић, М. (2007), Диверзиони модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 50, стр. 87-102.

Костић, М. (2009), Виктимологија - савремени научни поглед на криминалитет и његову жртву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 53, стр. 161-182.

Кнежевић, С. (2010), *Малолетничко кривично право – материјално, процесно и извршно*, Ниш;

Костић, М., Константиновић – Вилић С. (2012), *Виктимологија*, Ниш;

Стевановић, Ч., Ђурђић, В. (2006), *Кривично процесно право – општи део*, Ниш;

Шкулић, М. (2011), *Малолетничко кривично право*, Београд;

Ivan Ilić, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Procedural Protection of Juvenile Victims of Negligence and Abuse

Summary

Violence against children is often designated as the worst form of domestic violence, and violence in general. Such a conclusion is a result of multiple factors: children's age and vulnerability, the distinctive features in their physical and mental development which makes them inferior to adults, the kinship (blood relations) and emotional bonds between parents and children, etc. The positive trend in the evolution of the social response to violence against children is reflected in the effort to discover and prevent the abuse, to punish the offenders and to protect the child/victim from secondary victimization during the criminal proceedings.

In the Republic of Serbia, the procedural measures governing the protection of juvenile victims/witnesses are set out in Part III of the Juvenile Justice Act (Act on the Juvenile Offenders and Criminal Law Protection of Minors). However, it was soon evident that there was a need to provide a better legislative framework than the one envisaged in this Act, particularly in terms of ensuring a better protection of minors in the course of criminal proceedings involving children who are victims of abuse and neglect. For this purpose, in 2004, the legislator adopted the National Action Plan on Children in Adversity. This document envisaged the adoption of the General Protocol on the protection of children from abuse and negligence, as well as the adoption of subject-specific protocols which would further regulate the specific procedures for the protection of children-victims in particular social circumstances (health, education, justice) by different social institutions (police, social services).

In this paper, the author analyses the legal framework governing the procedural protection of juvenile victims in the course of criminal proceedings. In addition, the author also explores the statutory provisions (by-laws) adopted in order to establish specific standards and ensure a higher level of protection of juvenile victims against abuse and neglect. In the final part of this paper, the author analyzes the issues pertaining to the practical implementation of the envisaged legislative framework on the procedural protection of juvenile victims. The author concludes that the envisaged measures are insufficiently applied in practice. For this reason, the judicial authorities should be further encouraged to use them more frequently and more efficiently in the course of criminal proceedings.

Keywords: victim/witness protection, secondary victimization.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (velićina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija, priložiti i na engleskom jeziku.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V. Pavlović i S. Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Journal of the Law Faculty, University of Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book, (single author)	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду	(Келзен, 2010: 56)
Book, (a number of authors)	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права	First in-text citation: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) A subsequent in-text citation: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Београд: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Article in a journal	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution as an author	Републички завод за статистику. <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11 (2011)	(Републички завод за статистику, 2011)
Legal acts and regulations	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62 (2004)	Footnote: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002, <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15. November. 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

