

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

Тематски зборник радова

Књига прва

Ниш, 2011

Тематски зборник радова

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

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

Рецензенти:

Проф. др Борче Давитковски

Проф. др Стеван Лилић

Проф. др Миле Дмичић

Издавач:

Правни факултет у Нишу – Центар за публикације

За издавача:

Проф. др Предраг Димитријевић, декан

Уредник:

Проф. др Предраг Димитријевић, руководиоца пројекта

Превод:

Гордана Игњатовић

Техничка обрада:

Ненад Милошевић

Дизајн корица:

Ненад Милошевић

Штампа:

СВЕН Ниш

Тираж:

100

ISBN 978-86-7148-148-9

Предговор

Пред вама је прва свеска тематског зборника радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“. Она садржи радове које су аутори припремили током 2011. године, као истраживачи на истоименом научно-истраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу. Овај Зборник радова прва је публикација објављена у оквиру поменутог пројекта, који се реализује захваљујући финансијској подршци Министарства просвете и науке Републике Србије.

Највећи број ауторских радова резултат је теоријских и емпиријских истраживања друштвених и правноекономских феномена и правних института у условима свеукупне друштвене и правне транзиције. Аутори су анализирали и критички евалуирали реформисане правне институте и нова законска решења у домену заштите људских и мањинских права како код нас, тако и на целокупном европском правном простору настојећи да утврде степен њихове практичне верификације и усаглашеност са међународним и европским правним стандардима. Један број аутора је своју пажњу фокусирао на поједине актуелне теме из упоредног и међународног права.

У Зборнику су објављени радови искусних истраживача, као и радови студената докторских студија, који су током реализације Пројекта укључени у истраживачки тим.

Објављивање овог Зборника израз је настојања да се резултати истраживања учине доступним широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о појединим теоријским и практичним проблемима везаним за поједина подручја правног система. Аутори се надају се да ће њихови радови бити од користи у креирању политика и стратегија деловања, као и у актуелној нормативној делатности, и допринети критичком преиспитивању и унапређењу правне праксе.

Уредник

САДРЖАЈ

Проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић Проф. др Мирослав Лазић Право на имовину и денационализација грађевинског земљишта	1
Проф. др Дара Миленовић Одговорност за несаобразност робе уговору – облик заштите потрошача	19
Проф. др Александар Тирић Привредно-правни аспекти двадесетогодишњег функционисања заједнице независних држава.....	35
Проф. др Слободанка Константиновић Вилић Сузбијање насиља над женама према конвенцији савета европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици	53
Проф. др Војислав Ђурђић, Доц. др Марко Трајковић Човек као исходиште опште теорије права и кривичноправне теорије	71
Проф. др Зоран Радивојевић Секундарна легислатива Европске уније према Лисабонском уговору.....	83
Проф. др Драган Николић Својина и њена заштита у најстаријем словенском праву	103
Проф. др Невена Петрушић Поступак у потрошачким парницама према новом закону о парничном поступку.....	119
Проф. др Предраг Димитријевић Важење по закону силе или етатистичка теорија важења правне норме	133
Проф. др Мила Јовановић Европска романистика у служби антифеминизма - Прилог разбијању предрасуда о положају жене у старом Риму -	141

Проф. др Љубица Николић Мр Александар Мојашевић Србија у процесу европске интеграције	171
Проф. др Зоран Ћирић Судско-психијатријска вештачења малолетних учесника судских поступака	185
Проф. др Милева Анђелковић Савремени изазови у раду пореских администрација	201
Проф. др Зоран Поњавић Право на развод као субјективно право	215
Проф. др Ђорђе Л. Николић Затезна камата на девизне обавезе	233
Проф. др Ирена Пејић Конституционализација људских права: право човека на достојанство	251
Проф. др Миомира Костић Бављење криминологијом – прилог расветљавању питања примене адекватне методологије	265
Проф. др Наташа Стојановић Осврт на нека спорна питања о изјави о одрицању од наслеђа	281
Проф. др Саша Кнежевић Начело истине у кривичном поступку	297
Доц. др Небојша Ранђеловић, Мр Александар Ђорђевић Услови признавања независности Србије 1878. године	311
Доц. др Горан Обрадовић Запослени којима штрајк може бити забрањен	323
Доц. др Видоје Спасић Алтернативе ауторском праву	333

Доц. др Марина Димитријевић Важност пореског саветовања у лавиринту пореске регулативе.....	345
Доц. др Дејан Јанићијевић Мр Александар Мојашевић Рана неутрална евалуација – коректив судске анексиране медијације.....	357
Доц. др Небојша Раичевић Опциони протокол уз међународни пакт о економским, социјалним и културним правима	371
Доц. др Сузана Медар Правичност суђења у управном спору -исагога у предлог за измену Закона о управном спору-.....	391
Мр Наталија Жунић Дискриминација жена и женска људска права	399
Мр Тања Китановић Заједничко вршење родитељског права после развода брака	413
Мр Дејан Вучетић Принцип супсидијаности као руководно начело при одређивању послова јединица децентрализације.....	427
Мр Душица Миладиновић-Стефановић Алтернативни начин реаговања на малолетничку делинквенцију (са посебним освртом на поравнање са оштећеним)	437
Мр Ивана Симоновић Право на самоодређење, аутономија воље и право пацијента на информисани пристанак.....	455
Новак Крстић Повреда основних људских права у поступку пред домаћим судом – осврт на пресуду Европског суда за људска права у предмету в.а.м. против Србије.....	473
Михајло Цветковић Претпоставке одговорности за штету нанету пацијенту	485

Миљана Тодоровић Казне лишења слободе у Србији по кривичном закону из 1860. године.....	503
Анђелија Адамовић Поступак за лишење родитељског права у пракси Основног суда у Нишу	517
Дарко Димовски Етиолошке карактеристике убиства – психопатолошке и психолошке теорије.....	539
Марко Димитријевић Нормативни оквир правног регулисања еколошког опорезивања у Републици Србији	561
Сања Ђорђевић Екстериторијална примена европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.....	579
Милица Томић Новине у судској заштити државине по нацрту законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије.....	597
Иван Илић Дејство начела ne bis in idem у европском правном простору	611
Иван Барун Допринос МОР-а промовисању слободе синдикалног удруживања.....	629

Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347.232:349.442

Проф. др Мирослав Лазић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРАВО НА ИМОВИНУ И ДЕНАЦИОНАЛИЗАЦИЈА ГРАЂЕВИНСКОГ ЗЕМЉИШТА

Апстракт: Аутори се у раду баве претварањем државне својине на грађевинском земљишту у приватну својину, с аспекта заштите права на имовину (својину), као основног људског права, у складу са националним правом и Протоколом I. Законом о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта (1959) грађевинско земљиште одузето је од власника и прешло је у државну социјалистичку својину. Овим је учињена повреда права на имовину и праткично извршена национализација приватне својине на грађевинском земљишту, иако су бивши власници под одређеним условима могли задржати право коришћења. Правни режим државне, затим друштвене, па поново државне својине грађевинско земљиште је задржало све до доношења Закона о изградњи и планирању (2009), којим је допуштено претварање (конверзија) државне својине на грађевинском земљишту у јавну, приватну и мешовиту својину. Међутим, услови који су предвиђени овим законом нису сагласни са гаранцијама својине из Протокола I. Радикална промена политичког система у Србији, до које је дошло у околностима сличним револуционарним, распад државе Југославије и стварање више нових држава, постепени прелазак из социјалистичког у капиталистички систем итд., довели су и до промене својинског система у Републици Србији, тачније увођење приватне својине, као основног облика права својине. Поједина решења предвиђена Законом о планирању и изградњи не омогућавају враћање овог земљишта, односно заштиту својине ранијих власника у складу са Протоколом I, већ фаворизују субјекте који су револуционарним путем постали његови власници, односно корисници, иако је основни циљ денационализација државне својине на градском грађевинском земљишту.

Кључне речи: Право на имовину (својину), Протокол I, грађевинско земљиште, Закон о изградњи и планирању, претварање (конверзија) грађевинског земљишта у јавну и приватну својину.

Увод^{1*}

Тенденција социјализације и морализације друштва, током развоја људске цивилизације, доводила је до све бројнијих и већих ограничења приватне својине. То је условило јачање тежње власника за појачаном националном, али и за додатном, наднационалном (међународном) гаранцијом права својине, како би се спречила самовоља носилаца јавне власти. Под гаранцијом својине подразумевамо њено институционо признање као правног института, и индивидуално признање својине као субјективног права које не може бити одузето власницима, осим у складу са законом и уз правичну накнаду (еспропријација).²

Право на имовину, односно на приватну својину, иако једно од основних људских права, представља право коме је било потребно највише времена за заштиту на међународном плану. Иако је одавно установљено међународним декларацијама и повељама³, оно ни до данас није довољно ефикасно заштићено. Основни предмет заштите је приватна својина, која је најчешће била угрожавана од стране државе. Гаранција приватне својине на националном нивоу остварује се уставом и законима којима се штити уз остала основна људска права. Наднационална заштита приватне својине остварена је тек у другој половини XX века. Као једно од основних права човека, њена заштита се прокламује у међународним правним актима (конвенцијама).⁴ Међутим, правни механизам заштите на нивоу Европе остварен је тек Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (1950) и Протоколом 1 (1952). Заштита по Протоколу се, у последњој инстанци, остварује пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Тиме је омогућено да својина изађе из оквира правних регулативних аката у корицама националних грађанских законика и њена заштита добије наднационални карактер.

Тема нашег рада је заштита права својине на непокретности, тачније на земљишту у светлу Протокола 1. и Европске конвенције. Непокретности су најзначајнији део имовине, а посебно земљиште. Земљиште, недостајуће због природне ограничености, али и због свог значаја за одржање људске популације

1 * Рад коаутора је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046, Републике Србије).

2 В., М. Wolf, Sachenrecht, München, 1997, стр. 30; Д. Стојановић, Својина као правни институт, Правни живот, 10/98, стр. 332; М. Лазвић, Приватна својина, ограничења и гаранције, Правни живот, Београд, 10/2004, стр. 134 – 151.

3 О својини као људском праву, видети U. Hösch, Eigentum und Freiheit, Tübingen, 2000.

4 Декларацијом о правима човека из 1789, својина је проглашена као «једно свето и неповредиво право, које нико не може бити лишен, изузев када то недвосмислено захтевају законом утврђене јавне потребе и под условом да се претходно да правична новчана накнада». Универзална декларација о правима човека из 1948: «нико не сме бити самовољно лишен своје имовине» (чл. 17. ст.2).

и задовољавања основних и веома разноврсних потреба и интереса човека, представљало је, одувек, поприште жестоких борби за господарење над њим. Отуда, вековна настојања да се право својине на земљишту ограничи, али и најинтезивније заштити. Историја сведочи о бројним реформама усмереним на прераспodelу земље, одузимање једнима и додељивање другима, често посредством државе. Оне су се одвијале, по правилу, у несигурним временима, након ратова или револуција.⁵ Те реформе, иако често друштвено корисне, биле су увек, у одређеној мери, насилне и неправичне према власнику и представљале су рушење гаранције својине као „светог, апсолутног и неограниченог“ права. Оне су потврда да је својина, па и она најзначајнија – на некретнинама, “чедо свога времена чије садржинско обликовање зависи од свагдашњег друштвеног поретка и на њу утичу различита политичка, економска и друштвена схватања и вредности”⁶.

Римски (индивидуалистички) појам својине прихваћен је у грађанским законима донетим током 19. и 20. века који су, углавном, последица буржоаских револуција или установљавања капиталистичких друштвених система. Одредбама ових законика приватна својина је призната и заштићена као најпотпунија и непосредна правна власт која делује према свима, па и према држави која се појављује као њен гарант. Иако се, формалноправно гледано, држава појављује као субјект равноправан са осталим лицима, историјски, она је често користила империјум –власт, ради доминације над приватном својином (*dominium*). Тако се, **са развојем буржоаског друшта, приватна својина** све више ограничава, претежно у општем интересу. Својина се ограничава бројним прописима јавног права (одредбама о грађевинском земљишту и коришћењу пољопривредног и шумског земљишта; културним добарима; законским службеностима ради телекомуникације, градње итд.). Не изостају ни приватноправна ограничења (попут суседских права и забране злоупотребе права). Најзад, после социјалистичких револуција долази до укидања приватне својине и њено претварање у државну/друштвену уз одговарајућу накнаду (експропријација) или без икакве накнаде (национализација и конфискација).

Након распада социјалистичке Југославије и стварања нових држава, поставља се и питање реституције национализованих непокретности, одузетих противно вољи власника, без или са делимичном накнадом, или у нелегитимним поступцима, односно њихова реприватизације. Заштита својине, и то ретроак-

⁵ Монтескје, О духу закона, Београд, 1989, том I, стр. 56: «Неки стари законодавци, попут Ликурга и Ромула, изделили су земљу на равне делове. То се могло учинити једино код оснивања какве нове државе, или пак када је стара била у тој мери искварена а духови се налазили у таквом стању да су се сиромаси осетили обавезнима да затраже, а богати принуђенима да поднесу такав лек».

⁶ В., Д. Стојановић, Право својине у Европској економској заједници, Правни живот, Београд, 11-12/1991, стр. 1176.

тивно, враћањем у пређашње стање или давањем надокнаде, постаје императив нових држава. У овом раду, бавићемо се, претежно, актуелним питањима гаранције својине на непокретностима и (ре)приватизације грађевинског земљишта трансформацијом права коришћења у право својине.

I. Установљавање и заштита права на имовину (својину) по Протоколу 1

Бројна ограничења приватне својине, па чак и њено укидање у време револуција или ратова (као што је истакнуто напред), захтевало је заштиту овог, али и осталих имовинских права, међународним правним актима. Поред нормативне заштите, било је потребно установити и суд који ће реално штитити право на имовну. Могућност заштите права на имовину, односно приватне својине као једног од најзначајнијих имовинских права и основног људског права, створена је доношењем Европске конвенције о људским правима и основним слободама (1950. г.) и Протоколом 1 (1952. г.), тачније, њиховим доцнијим ратификацијама од стране држава.

Иако сама Конвенција не обухвата заштиту праву на имовину (њоме се штите грађанска и политичка права), њомњ су предвиђене две најзначајније гаранције за заштиту права на имовину (својину): *право појединца да започне поступак заштите људских права против државе пред Европским судом за људска права (првобитно пред Комисијом за људска права);⁷ и окончање поступка судском (а не политичком) одлуком са, практично, обавезном снагом према држави потписници конвенције. Међутим, тек Протоколом бр. 1 из 1952,⁸ предвиђена је међународна, наднационална заштита права на својину, односно на имовину. Протоколом је предвиђено да »свака физичка или правна особа има право на мирно уживање свога власништва (својине, прим. коаутора). Нико се не сме лишити свога власништва, осим у јавном интересу и то само уз услове предвиђене законом и општим начелима међународног права« (чл. 1).*

⁷ Тиме је, практично, учињен значајан напредак ка признању међународног субјективитета физичког и правног лица.

⁸ Конвенција је до сада допуњена са 14 Протокола који се ратификују посебно. Државна заједница СЦГ је Протокол бр. 1 ратификовала марта 2003, а инструмент о ратификацији је депонован априла 2004, од када и важи за државу Србију. Протокол важи за случајеве настале након ратификације, али и за раније настале повреде права на имовину који су трајали и у моменту ратификације (нпр. национализована имовина). Наши грађани могу поднети захтев за заштиту права предвиђених Конвенцијом и Протоколом, ако су испуњене следеће претпоставке: да се захтев односи на повреду права признатог Европском конвенцијом; да је повреду извршила јавна власт државе потписнице; да је исцрпљен пут правне заштите унутар државе чланице (начело супсидијарности чл. 13. и 35. Конвенције), укључујући и право на уставну жалбу; да је захтев поднет у предвиђеном преклузивном року (6 месеци од завршетка правне заштите у националном законодавству).

Традиционално, институт приватне својине и њена садржина, као и садржина имовине, одређују се грађанским законцима. У нашем праву је право на поседовање приватне својине регулисано уставом и законима. »Власник има право да своју ствар држи, да се њоме користи и да њоме располаже у границама одређеним законом« (чл. 3. ст. 1. Закона о основама својиско-правних односа). У Уставу Републике Србије из 2006. године, правно су загарантована и изједначена три облика својине: јавна (државна), приватна и задружна својина и предвиђен основ ограничења⁹. Међутим, од ове институционалне до суштинске, индивидуалне гаранције својине, пут је врло дуг и неизвештан, често ометан неефикасним правосуђем. Индивидуална заштита својине, и данас, није достигла задовољавајући ниво у многим државама, а посебно у некадашњим социјалистичким друштвима.

Угрожавање својине у Србији је било најизраженије после Другог светског рата, победе социјалистичке револуције и стварања ФНР Југославије. На подручју ове, сада већ бивше државне заједнице, наступило је време промена - потребних и сувишних, правичних и неправичних. Под удар су дошли, поред ратних, националних и идеолошких непријатеља, странци и власници некретнина - власници земљишта, фабрика, кућа, станова. Земљиште је одузимано власницима по више основа - аграрном реформом, национализацијом, конфискацијом, експропријацијом са симболичном накнадом итд.¹⁰ Било је то време олаког посезања за туђом имовином, време тоталитаризма, владавине сврсисходног а не праведног права, правне несигурности, али и време револуционарног комунистичког заноса, обнове и препорода разрушене и ратом опустошене земље. Уопште, социјалистичко друштвено уређење карактерише доминација колективне (друштвене, државне, задружне) над индивидуалном (приватном) својином, кла гаранција веће социјалне правде од капиталистичког друштвеног уређења.

Грађанскоправна заштита права својине обезбеђена је системом тужби – својинских и државинских. Поред тога, заштита својине се остварује и у области уставног, кривичног и административног права. Међутим, својина мора уживати гаранције и заштиту не само у грађанским законцима, већ и у целокупном уставноправном оквиру, којим се, у првом реду, регулише однос између власника и државе. Држава мора да гарантује својину као стварноправну власт - однос

⁹ Тако, Уставом РС је предвиђено да се законом могу ограничити облици коришћења и располагања пољопривредним земљиштем, шумским земљиштем и градским грађевинским земљиштем у приватној својини, да би се отклонила опасност од доношења штете животnoj средини или да би се спречила повреда права и на законом заснованих интереса других лица (чл. 88)⁶.

¹⁰ В., В. Тодоровић, Одузимање имовине без накнаде и правно-етичка нужност обештећења њених власника, у контексту кршења и заштите људских слобода и права, Правни живот, Београд, 10/2000, стр. 228.

међу појединцима поводом ствари, али и да тај приватноправни однос штити од уплива јавне власти. Ефикасна гаранција својине постаје кључно питање даљег развоја Србије, јер је приватна својина основ капиталистичког поретка који она настоји да изгради.¹¹ Зато је регулисање конверзије грађевинског земљишта о коме ће доцније бити речи, и могућност обраћања за заштиту Европском суду, односно могућност корекције правоснажне одлуке домаћег правосудја, важан моменат за унапређење заштите својине у нашем праву као једног од основних људских права.

Из одредбе чл. 1. Протокола, којом се сваком физичком и правном лицу гарантује уживање имовине (употреба или коришћење и располагање), јасно је да право својине представља значајно имовинско право.¹² Наиме, појам имовине се шири и схвата као веома значајан »економски интерес«, који се не огледа само у коришћењу, већ и у промету права, тачније на тржишту. Имовином треба да се изрази надградња над својинским правима, њихов новчани или економски, односно потенцијално економски капацитет - »присвајање свих економских вредности које једном лицу припадају«. ¹³ Она треба да значи све могућности које њен ималац може да оствари на тржишту поседујући ствари и права, одређујући његов материјални, али и шире, целокупни положај у друштву. Имовина је постала појам који омогућава заштиту бројних права која имају заједнички именитељ, како оних која већ уживају стандардну заштиту (својина и друга стварна права), тако и осталих, нових имовинских права. Њен појмовни капацитет је већи од својине, као центра у хабитусу имовинских права, која се, иначе, и по другим, веома различитим основима, и веома интензивно штити. О томе веома јасно сведоче одлуке Европског суда, који је у прилици не само да тумачи већ и „ствара“ право; појам имовине се значајно шири. ¹⁴

11 Много је претпоставки ефикасне индивидуалне заштите својине и осталих имовинских права, попут прецизне уређености имовинских права ефикасним системом евиденције непокретности и права; обезбеђивање потпуне равноправности свих облика својине, као и приватне својине физичких и правних лица; спречавање монополских организација да угрозе равноправан положај облика својине; ефикасна правна заштита од свих облика повреде итд. Многе од ових претпоставки нису, у великој мери, остварене на територији Републике Србије.

12 Треба напоменути да је у француском тексту Протокола, у ставу 1. чл. 1. употребљен израз «les biens» (у енглеском тексту «possessions») који у француском праву, најшире схваћен, означава ствари, али и права поводом ствари, дакле добра која служе за задовољење људских потреба. Више, F. Terré – Ph. Simler, Droit civil, Les biens, Paris, 1992, стр. 11 и 12. Међутим, у другој реченици истог става, користи се израз «la propriété», који означава право својине.

13 Више, А. Гамс, Својина и имовина, Анали Правног факултета у Београду, 1953. бр. 1; Р. Ковачевић-Куштримовић, Појам имовине у грађанском праву и у систему друштвене својине, Ниш, 1986 и др.

14 Тако, поред својине, пружа се заштиту и интересима који су, понекад, на «руб» имовине. Суд је закључио да у садржину имовине улазе и интереси који су понека на «руб» имовине, попут права на деонице које је, поред сразмерног дела имовине, давало и право

Са друге стране, идеја о ограничавању својине је стара колико и њен појам. Право на својину (имовину) „омеђено“ је правом државе да ограничи њено коришћење у складу са општим (јавним) интересом. Заштита јавног интереса се своди на давање предности интересима заједнице или одређене друштвене групе, у односу на интерес појединца. Будући да је јавни интерес правни стандард (генерална клаузула)¹⁵, његова садржина се мора одређивати на основу прилика у свакој конкретној земљи. Зато, Европски суд за људска права признаје домаћим властима „степен слободне процене“ јер се сматра да су „због познавања властитог друштва и његових потреба, домаће власти, у принципу, у бољем положају од „међународних судија“ да процене шта је у јавном интересу“ и суд ће ту процену поштовати, осим ако је „очигледно без разумне основе“. Национална држава је у позицији да најбоље познаје домаће прилике и да је у стању да донесе најисправнију одлуку о постојању јавног интереса. Међутим, међународни суд има «надлежност» да преиспитује чињенице које је национални суд ценио у поступку утврђивања постојања или непостојања јавног интереса.¹⁶ Прекорачење граница слободне процене јавног интереса и принципа правичне равнотеже, решава се досуђивањем одговарајуће новчане накнаде.

Европски суд за људска права, ако нема споразумне накнаде, одређује накнаду у новчаном облику, водећи рачуна о стварној штети (*damnum emergens*) и изгубљеној добити (*lucrum cessans*). За повреду гаранције својине могуће је одредити и давање сатисфакције за претрпљену имовинску штету, иако то није предвиђено у националном законодавству.¹⁷ Пракса Европског суда увела је

гласа, које је, признато као «индиректно» имовинско (случај *Bramelid i Malstrom protiv Švedske*, одл. бр. 8588/79, 8589/79; Затим легитимно очекивање уговорне стране (засновано на државној дозволи). В., случај бр. А 159 (1989), *Van Marle protiv Holandijem*. Одлуке цит. по М. Carss-Frisk, *Pravo na imovinu*, водич за примену чл. 1. Протокола бр. 1. Европске Конвенције о људским правима, Београд, 2004.

15 В., М. Лазић, *Generalne klauzule i zloupotreba prava, osvrt na shvatanje prof. Milivoja Markovića*, «Srpski civilisti», Niš, 1995, str. 226.

16 Тако, Европски суд је, у случају *James protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, сматрао да је продаја закупљених станова дугогодишњим станарима, по цени која је нижа од тржишне, правична, јер су дуготрајним плаћањем закупнине већ платили део куповне цене, а у коју се може урачунати и накнада за њихово одржавање, адаптацију итд. Такође, утврђено је да је циљ Закона већа социјална правда у домену стамбене политике, што је у складу са јавним интересом.

17 Европски суд је подносиоцима захтева досудио новчану накнаду на име претрпљене неимовинске штете, због «осећаја беспомоћности и фрустрације», у случају «*Akkus protiv Turske*», од 9. 7. 1997 (*Reports 1997-IV; Appl. N° 00019263/869*) и у случају «*Loizidou protiv Turske*», где је држављанин Кипра, због турске окупације, онемогућен да поврати своје парцеле, бр. 15318/83, од 18. 11. 1996. Збирка одлука о људским правима 2, Београдски центар за људска права, Београд, 2002; В., Р. Ковачевић Куштримовић - М. Лазић, *Заштита имовине по Европској конвенцији о људским правима*, (између слободе коришћења и ограничења), *Правни живот*, Београд, 10/2005. стр. 413.

право на правичну накнаду када је лице лишено имовине у општем интересу, ако је тиме нарушена равнотежа интереса (пропорционалност).

II. Денационализација грађевинског земљишта у Србији

Ограниченост земљишта актуализира и питање права својине на грађевинском земљишту и својине на згради подигнутој на том земљишту. Римско право је колизију између власника зграде и власника земљишта решавало применом принципа *superficies solo cedit* (све што је чврсто спојено са земљиштем дели правну судбину земљишта). У феудалном друштвима долази до поделе својине, тако да она припада владарима- феудалцима, док су они који непосредно користе земљиште-сељаци кметови, само његови корисници. У капитализму, земљиште је у приватној својини и избегавало се подруштвљавање земљишта, како би се избегла лавина социјалних захтева радничке класе и у погледу промене режима земљишта.¹⁸ Потреба правног раздвајања земљишта и зграде, и просторног планирања изградње у капиталистичким друштвима се решавала експропријацијом земљишта уз накнаду и увођењем права грађења.

Модерни правни поредак прихвата изузетке од правила *superficies solo cedit* и допушта раздвајање права својина на згради од својине на земљишту на коме је зграда подигнута. Ова решења су била позната још римском праву, али су их модерни правни системи, следећи традицију римског права, веома радо прихватила. У романским правним системима, ово раздвајање је вршено увођењем суперфицијарног права, а у германском правном подручју - правом грађења. Ова права имају функцију да омогуће лицима изградњу и коришћење зграде на туђем земљишту, уз плаћање накнаде власнику земљишта за коришћење. У социјалистичким земљама грађевинско земљиште је прешло у државну својину, док је грађанима омогућавано стицања права својине на стамбеној згради и право коришћења на грађевинском земљишту.

„Власнички односи на градском грађевинском земљишту су се мењали, али је оно у праву бивше Југославије па све до данас, због свог значаја, третирано као добро од општег интереса и било у посебном правном режиму“.¹⁹ Регулисање власничко-правних односа на грађевинском земљишту у бившој СФР Југославији, његово изузимање, подруштвљавање и стављање ван промета извршено је Законом о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 52/1958, у даљем тексту: ЗОН). Овим законом су изграђена и неизграђена грађевинска земљишта на подручју града и насеља

¹⁸ Опширније, Р. Simonetti, *Pravo građenja*, Zagreb, 1983, diss., str. 38: „Први прописи о обавезном просторном планирању градова који су представљали ограничење права власништва, на урбаном земљишту, донијети су у другој половини XIX столећа, односно почетком XX столећа. Такве прописе Шведска је донијела 1874, а Низоземска 1901.

¹⁹ М. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009. str. 143.

градског карактера, по сили закона, трансформисана у државну, касније названу друштвена својина, „ради његовог рационалнијег коришћења и планске изградње градова и насеља градског карактера као и других урбаних средина“ (чл. 1, чл. 34 – 41). Власник зграде стицао је право коришћења земљишта које покрива зграда и земљишта за редовну употребу зграде све док зграда постоји (члан 37). Устав СФРЈ из 1974²⁰ године, предвиђа да не може постојати право својине на земљишту у градовима и насељима градског карактера, и да се законом одређују услови, начин и време престанка права својине, начин и услови коришћења и накнада за то земљиште. Одлуком Уставног суда СФРЈ из 1986. године, заузет је став да се ЗОН више не може примењивати с обзиром да Устав, када то захтева општи интерес, не допушта више национализацију, већ само експропријацију грађевинског земљишта.

Устав СР Југославије из 1992.²¹ је предвиђао (чл. 73. ст. 4.) да на градском грађевинском земљишту може постојати приватна или други облик својине. Закон о грађевинском земљишту Србије („Сл. Гласник РС“ бр. 44/95) у чл. 4. ст. 3. прихвата решење савезног Устава и предвиђа да се актом о одређивању градског грађевинског земљишта не мења облик својине. Земљиште које је до дана ступања на снагу Закона о грађевинском земљишту (1995), одређено као градско грађевинско земљиште остаје у државној својини, осим ако по поступку предвиђеним Законом буде успостављен ранији режим својине (чл. 33).

Правни режим грађевинског земљишта у социјалистичким друштвима, најбољи је пример непоштовања права својине на грађевинском земљишту које је не само ограничено, већ одузето без икакве накнаде. Разлози су били револуционарно-политички, али је поступак спроведен на основу закона, тако да је представљао легалан, али не и легитиман акт. Дуготрајно важење таквог правног режима је још већа повреда права на имовину, а што је још горе поступак приватизације се данас спроводи на основу закона, који представља основ за одлуке које су у супротности са чл. 1. Протокола. Излагање о заштити имовине међународним општим актима, нарочито Протоколом 1, имало је за циљ да укаже на њен значај, и то на примеру једног правног објекта који је од посебног значаја у свим правима. Повреда права својине на грађевинском земљишту представља посебно осетљиво питање. О томе сведоче и одлуке Европског суда правде.

Уставне гаранције свим облицима права својине и њиховом равноправном положају промениле су и став према грађевинском земљишту и уопште приватној својини. То је отворило пут приватизацији објеката на којима је дотада могла постојати искључиво друштвена (државна) својина, међу којима је најзначајније земљиште. Грађевинско земљиште је, са своје стране, најинтересантније

²⁰ В., члан 81. Устава СФР Југославије („Службени Лист СФРЈ“, бр. 9/74); Решење Уставног суда СФРЈ бр. У-28/82 од 24. маја 1986. г. («Службени лист СФРЈ», бр. 57/86).

²¹ „С. лист СРЈ“ бр. 1/1992.

због вредности коју има и прихода које доноси свом имаоцу.²² Зато се у свим државама бивше Југославије, као императив, јавио захтев за реприватизацијом грађевинског земљишта и успостављањем правног јединства земљишта и зграде, која се одвија кроз поступак реституције, приватизације или трансформације права коришћења.

У Србији је делимично извршено враћање одузетих некретнина - пољопривредног земљишта,²³ дела имовине црквама и верским заједницама,²⁴ сеоских пашњака и утрина²⁵, дела задружне имовине.²⁶ Иако је спроведен поступак пријављивања и евидентирања имовине²⁷ која је на територији Републике Србије одузета без накнаде тржишне вредности или правичне накнаде, применом прописа и аката о национализацији, аграрној реформи, конфискацији, секвестрацији, експропријацији и других прописа донетих и примењиваних после 9. марта 1945. г., Потпуна реституција се очекује на основу тек донетог закона о реституцији²⁸.

22 То је условљено изузетном миграцијом становништва у градове која карактерише, нарочито, два последња века, што је грађевинско земљиште учинило веома скупим и постало је велики извор прихода онима која га поседују. Оно је извор градске ренте, које се веома тешко одричу градови, чак и у земљама са приватном својином.

23 Закон о начинима и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа, «Службени гласник РС», бр.18/91, са изменама и допунама у бр. 20/92 и Уредба Владе РС за спровођење Закона, «Службени гласник РС», бр. 41/91, 44/91 и 4/92. В., М. Лазић, Враћање пољопривредног земљишта - почетак или крај реприватизације, Правни живот, Београд, 10/1995, стр. 219-233

24 Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, «Сл. гласник РС», бр. 46/2006.

25 Закон о враћању утрина и пашњака селима на коришћење, «Службени гласник РС», бр.16/92. Примена овог закона је у пракси веома мала. Сточарство је запуштено због нерентабилности па сељаци немају великог интереса за враћањем пашњака и утрина на коришћење, које су шумска газдинства најчешће пошумила.

26 Закон о задругама, «Сл. лист СФРЈ», бр.3/90; Закон о начину и условима враћања имовине стечене радом и пословањем задруга и задругара после 1.7.1953.г., «Сл. гласник СРС», бр.46/90.

27 Закон о пријављивању и евидентирању одузете имовине, «Сл. Гласник РС, бр. 45/2005». Према подацима Мреже за реституцију, утврђено је да је послератна власт на територији Србије одузела 11.031 кућу, 8.610 кућа са двориштем, 8.356 пословних просторија, 5.416 стамбених зграда, 3.032 стана, 2.080 дворишта и 3.198 других објеката. Грађани РС потражују од државе око шест милијарди квадратних метара земљишта. Од тога, три милијарде пољопривредног, 109 милиона грађевинског и 430 милиона квадратних метара шумског земљишта.

28 Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, «Сл. гласник РС», бр. 72/2011.

Поступак трансформације права коришћења грађевинског земљишта је регулисан Законом о планирању и изградњи (у даљем тексту: ЗПИ)²⁹. Ова правна могућност није, на несрећу, уређена на јединствен начин, законом о реституцији, што указује на неодлучност и недовољну спремност у решавању овог питања. Поред тога, одредбама ЗПИ, још једном се, само сада другим законом и „конверзијама“, одузима право својине власницима грађевинског земљишта који су то били до Другог светског рата и које је одузето национализацијом по ЗОН-у. Ако се хтела правична приватизација грађевинског земљишта, онда је најпре требало неизграђено грађевинско земљиште вратити бившим власницима када је то могуће, или дати накнаду за изграђено земљиште. Требало је најпре анулирати реституцијом дејство ЗОН-а, јер је овај закон био основ за стицање права својине на туђем земљишту. При томе, стицање овог права је од самог почетка било бестеретно и противно Протоколу 1. Практично, ЗПИ је, у великој мери, озаконио правни режим установљен на грађевинском земљишту ЗОН.

Истина, грађевинско земљиште може бити у режиму јавне својине, али ако се за то испуне услови које закон мора да предвиди, и то врста интереса која се тиме остварује, начин стицања, субјекти стицања, намена и сл. То би важило за грађевинско земљиште у јавној својини за убудуће. У јавној својини може бити и грађевинско земљиште које је то било до Другог светског рата. Грађевинско земљиште које је стечено одузимањем по ЗОН може то постати само на основу закона и правилима о стицању права својине деривативним и оригинарним начином, најчешће експропријацијом. Када је у питању деривативно стицање, грађевинско земљиште се мора вратити ранијим власницима или њиховим наследницима и онда стећи начинима предвиђеним за стицање. Тек послењом изменом ЗПИ, предвиђена је делимична заштита, односно да се право на конверзију може применити тек по окончању прописаног поступка за повраћај имовине и Споразума о сукцесији.³⁰

Правичност захтева потпуно обештећење неправично развлашћених власника, односно њихових правних следбеника, натуралном или новчаном реституцијом.³¹ Будући да је од одузимања грађевинског земљишта прошло

²⁹ Закон о планирању и изградњи (ЗПИ), Сл. Гл. РС, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС и 24/2011.

³⁰ Нови чл. 106А ЗПИ предвиђа да на грађевинском земљишту у државној својини на коме су носиоци права коришћења привредна друштва и друга правна лица на која се примењују одредбе прописа Републике Србије и билатералних међународних уговора којима се уређује спровођење Анекса Г Споразума о питањима сукцесије («Службени лист СРЈ - Међународни уговори», број 6/02), право коришћења може се конвертовати у право својине уз накнаду у складу са овим законом, по окончању прописаног поступка за повраћај имовине.

³¹ В: С. Перовић, Васкрс права, Правни живот, Београд, 11-12/1991, стр. 1134; В. В. Водинелић, Право својине на непокретностима и сукцесија држава, у: «Престанак СФРЈ, правне последице», Београд, 1995, стр. 82; Д. Хибер, Концепт и правни модел денационализације, Правни живот, Београд, 9-10/1994, стр. 827.

више од пола века, тешко је све последице поништити и све вратити у пређашње стање. Зато је требало предвидети начине приватизације грађевинског земљишта који би били правичнији за раније власнике, а задовољити потребе државе за добрима од општег интереса. Наиме, на грађевинским парцелама у градовима изграђени су бројни објекти од општег друштвеног интереса и који представљају јавна добра, као што су државне установе (парламент, судови, и сл.), тргови, улице, паркови и сл. Међутим, не може се правдати конверзија грађевинског земљишта, при којој би терет задовољавања јавног интереса сносили само ранији власници. Терет задовољења општих или јавних интереса, мора бити што је могуће више равноправно распоређен на све чланове друштвене заједнице. Протокол 1. Европске конвенције о људским правима управо има за циљ заштиту права на имовину из тих разлога. Упркос револуционарним или радикалним мерама које спроводи држава, однос једнакости свих грађана у терету очувања и даљег развика заједнице мора падати подједнако на све. Питање је колико ће новчана реституција по Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, отклонити повреду права на имовину (својину), односно како ће поступити Европски суд у случају корекције националних пресуда.

Законом о изградњи и планирању направљена још једна неправда. У чл. 100. ст. 2. предвиђа се да право коришћења на неизграђеном и изграђеном грађевинском земљишту престаје свим правним лицима које је основала Република Србија, аутономна покрајина, као и јединице локалне самоуправе и постаје јавна својина и то без накнаде.

III. Претварање права коришћења грађевинског земљишта у право својине

Закон о планирању и изградњи напушта правило (настало на подлози друштвене/ државне својине) по коме су трајни грађевински објекти правно одвојени од земљишта правом коришћења. Законом (чл. 101 – 109 ЗПИ) регулишу се начин и услови претварања права трајног коришћења и права закупа грађевинског земљишта у право својине, и то тако што власник објекта постаје власник земљишта, јер је то начин да се отклоне последица претходног раздвајања својине на земљишту и згради. Прихвата се принцип *superficies...* али са обрнутим важењем, власник изграђеног објекта на земљишту постаје власник земљишта.

Грађевинско земљиште је земљиште предвиђено за изградњу и редовно коришћење објеката, као и земљиште на којем су изграђени објекти у складу са законом и земљиште које служи за редовну употребу тих објеката (чл. 82. ЗПИ). Грађевинско земљиште обухвата две категорије: градско грађевинско земљиште (земљиште у грађевинском подручју насељеног места) и грађевинско земљиште ван граница градског грађевинског земљишта (чл. 84 – 86. ЗПИ). Земљиште

је грађевинско ако је то одређено законом и неким планским документом.³² Планским документом којим се одређује грађевинско земљиште не може се променити облик својине на том земљишту, али се може променити намена, нпр. пољопривредног у грађевинско земљиште (члан 87. ЗПИ).

Грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине (јавна, приватна, задружна, мешовита – прим. аутора) и може бити предмет правног промета (чл. 83. ЗПИ). Титулари јавне својине на грађевинском земљишту су Република Србија, Аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе. Право претварања (ЗПИ користи израз конверзија) права коришћења у право својине на изграђеном грађевинском земљишту имају власници зграда и објеката на грађевинском земљишту, без обзира да ли се зграде и објекти налазе у режиму приватне или јавне својине (чл. 100, 101 и 102).

Основни значај ЗПИ је што је омогућио да се, ако је грађевинско земљиште изграђено, успостави правно јединство непокретности - земљишта и објекта који је на њему изграђен, и то у корист власника (сувласника) објекта или зграде. Претварање права коришћења у право својине грађевинског земљишта одвија се, у складу са законом, без накнаде или уз накнаду. Овом приликом бавићемо се бесплатном конверзијом права коришћења у право својине изграђеног³³ грађевинског земљишта у корист физичких и правних лица.

а) Право на бесплатну конверзију имају лица која су власници зграда и уписана су као носиоци права коришћења на изграђеном грађевинском земљишту у државној својини, као и етажни власници посебних физичких делова у стамбеним зградама са више станова, пословним и пословно-стамбеним зградама, које су изграђене на грађевинском земљишту у државној својини. Они могу, без накнаде, право коришћења на земљишту под зградом и земљишту које служи за редовну употребу зграде претворити у право сусвојине на земљишту «сразмерно површини посебних физичких делова чији су власници» (чл. 101. став 2. ЗПИ).

³² Плански документи су просторни план (РС; регионални; јединице локалне самоуправе и подручја посебне намене) или урбанистички планови (генерални; план генералне и план детаљне регулације).

³³ Лицима која су уписана као носиоци права коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту у државној својини, престаје право коришћења на грађевинском земљишту и прелази у право својине, без накнаде (чл. 101а); Право коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту у државној својини, које је стечено ради изградње, у складу са важећим законима до 13. маја 2003. године или на основу одлуке надлежног органа може се конвертовати у право својине уз накнаду тржишне вредности тог земљишта у моменту конверзије права, умањене за износ стварних трошкова прибављања права коришћења, са обрачунатом ревалоризацијом до момента уплате по овом основу (чл. 104 ЗПИ). О неправичности ове конверзије, видети М. Лазић, Претворба (трансформација) права на некретнинама у друштвеном власништву у РС, Зборник Правног факултета свеучилишта у Риједи, 1/2011, стр. 215.

Иако је циљ ове одредбе био да се **етажним власницима на место пра-**ва коришћења на земљишту у држаној својини, призна право сусвојине на грађевинском земљишту сразмерно површини физичких делова зграде, овакво решење има одређене недостатке. Тако, упис права својине на малим површинама грађевинског земљишта оптеретиће базу катастра непокретности великим бројем сувишних уписа и може компликовати промет непокретности. Листови непокретности етажних власника у важећој електронској бази података Републичког геодетског завода (РГЗ) имају тачност од 1/2 м², а удели етажних власника у вишеспратницама на грађевинском земљишту биће и мањи. С друге стране, одредба ЗПИ не обавезује етажне власнике који су сувласници грађевинског земљишта, да каснији промет тог земљишта врше истовремено са прометом својине на физичком делу објекта, што може довести до ситуације да се сувласници на грађевинском земљишту разликују од власника физичких делова објекта. Тиме би правно јединство некретнине – земљишта и зграде, било поново нарушено. Намеће се питање, да ли је било целисходније да се етажним власницима призна право заједничке недељиве својине, чиме би право својине на грађевинском земљишту пратило судбину заједничких делова зграде. На другој страни, заједничка (недељива) својина неподобна је за правни промет (својина „ мртве руке“), што би довело до ограничавања промета грађевинског земљишта као значајног капитала.

Право својине се стиче на земљишту које се налази испод зграде и земљишту које служи за редовну употребу те зграде које, пре стицања права својине, утврђује орган локалне самоуправе за имовинско-правне послове (чл. 102. ст. 1. ЗПИ), што доста компликује процедуру.³⁴

б) Право на бесплатну конверзију имају и *власници објекта или власници посебних физичких делова објекта, изграђеним на грађевинском земљишту за које је закључен уговор о закупу* ради изградње на рок од преко 50 година. Они имају право да им се утврди право својине, односно право сусвојине на грађевинском земљишту сразмерно површини посебних физичких делова, без накнаде. Закон у овим ситуацијама не претвара право коришћења земљишта власника објекта или етажних власника у право својине (сусвојине), већ само гарантује право својине на грађевинском земљишту.

³⁴ Уколико се утврди да површина катастарске парцеле истовремено представља и земљиште за редовну употребу објекта, власник постојећег објекта стиче право својине на том грађевинском земљишту, без накнаде. Ако је земљиште за редовну употребу објекта мање од катастарске парцеле на којој је објекат саграђен, власник земљишта може, ако се од преосталог земљишта не може формирати посебна грађевинска парцела, тај преостали део земљишта дати у закуп власнику објекта или отуђити власнику објекта по тржишној цени, непосредном погодбом, а ако се од преосталог дела земљишта може формирати посебна грађевинска парцела, власник преосталог дела земљишта располаже тим земљиштем у складу са Законом (чл. 96. ст. 9. тач. 4 ЗПИ).

На другој страни, право на конверзију немају: лица која су остварила право закупа на осталом грађевинском неизграђеном земљишту у државној својини, а трећим лицима продала свој посебан физички део објекта, као и лица која могу остварити право на конверзију права коришћења у право својине уз накнаду.

Закон, осим наведених, садржи и друге недоследности. Тако се евиденција грађевинског земљишта води у катастру непокретности по катастарским парцелама (реални лист) и по власницима (персонални лист), чије је одржавање у надлежности Републичког геодетског завода - РГЗ. Међутим, ЗПИ уређење и коришћење грађевинског земљишта и изградњу објеката заснива на грађевинској парцели, под којом подразумева део грађевинског земљишта, са приступом јавној саобраћајној површини, која је изграђена или планом предвиђена за изградњу. Њихов однос регулише чл. 65. ЗПИ тако да се на већем броју катастарских парцела може о формирати једна или више грађевинских парцела, односно да се на једној катастарској парцели може образовати већи број грађевинских парцела, што ће у пракси изазвати бројне проблеме.

Конверзија права коришћења се остварује на појединачним катастарским парцелама. Процењује се да од укупно 21 милион катастарских парцела у Републици Србији, трећину чини градско грађевинско земљиште. Изостао је, међутим, очекивани велики број захтева за конверзију, без накнаде³⁵. Али је зато поднет велики број захтева за легализацију бесправно изграђених објеката (такође регулисана ЗПИ), која подразумева, такође, конверзију права коришћења у право својине или сусвојине.

Закључна разматрања

У циљу успостављања суштинске једнакости свих субјеката пред законом, повреда имовинских права (до које долази од стране државе) сматра се повредом основног људског права. Признање права на имовину као људског права је начин да се повреди имовине обезбеди интезивна заштита, како на националном, тако и на међународном плану. Некада изузетно заштићено право својине, по грађанским законима донетим, углавном, у периоду либерализма, постало је веома рањиво у периоду јачање улоге државе и услед прилика које су превазилазиле потребу за њеном интервенцијом. То је условило јачање тежње власника за појачаном националном, али и за додатном, наднационалном (међународном) заштитиом права својине, како би се спречила самовоља носилаца јавне власти. Европска конвенција и Протокол 1. омогућавају заштиту права на имовину (својину) и на наднационалном нивоу, пред Европским судом за људска права.

³⁵ Захтеви за „бесплатну“ конверзију се подносе катастрима, а уз захтев мора да се плати накнада од 5582 динара катастру за упис права својине, 720 динара административне таксе и 1120 динара за лист непокретности. Кад се ово сабере и помножи са бројем парцела у градском грађевинском подручју (око 7.000.000) очекује се профит државе од око 50 милијарди динара на рачун грађана.

У Републици Србији, након престанка социјалистичког периода у коме је дошло до бројних повреда права на имовину, међу којима је веома значајна и национализација грађевинског земљишта, дошло је до поступака денационализације и реституције ради заштите некадашњих власника. Законом о просторном планирању и изградњи из 2009.г. омогућава се претварање државне својине на грађевинском земљишту у друге облике својине применом тзв. конверзије права коришћења грађевинског земљишта у право својине и регулисањем легализације бесправно подигнутих објеката.

Закон о планирању и изградњи представља, по својој суштини, закон о приватизацији грађевинског земљишта. Претварање (конверзија) државне својине на грађевинском земљишту у приватну својину, омогућава стицање потпуних својинских овлашћења власника зграда на грађевинском земљишту и корисника неизграђеног земљишта, али и стицање јавне својине од стране државе. Закон ствара и услове за децентрализацију, јер омогућава да се трансформише право коришћења грађевинског земљишта у право јавне својине локалних самоуправа.

Међутим, ЗПИ има и бројне недостатке. Тако, иако се претварање права коришћења у право власништва врши без накнаде, ова “бесплатност” је анулирана трошковима поступка конверзије и великим трошковима легализације грађевинских објеката, што је условило мали број захтева за конверзију власника легализованих објеката. Пре спровођења овог закона, изостала је потпуна реституција и заштита претходних власника земљишта, што, реално гледано, представља нову повреду права на имовину. Стицање јавне својине конверзијом је такође, једним делом, у колизији са међународном заштитом права на имовину (својину) итд.

Упркос свим манама Закона о планирању и изградњи, приватизација грађевинског земљишта је корисно решење ради отклањања дуалитета својине на зградама и грађевинском земљишту. Сматрамо да ће ЗПИ остварити свој основни циљ – да садашње право коришћења грађевинског земљиште постане приватна или јавна својина, зависно од тога ко је власник објекта и која је намена земљишта. Неизграђено грађевинско земљиште у својини, моћи ће да се уноси као оснивачки улог у привредна друштва и јавна предузећа, што је један од предуслова за инвестиције и партнерства. Такође, очекује се да ће се после конверзије и реприватизације грађевинског земљишта, обавеза плаћања накнаде за коришћење грађевинског земљишта престати, односно постати саставни део пореза на имовину, што по себи, представља правично решење.

Prof. Radmila Kovačević – Kuštrimović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Ownership Right and Denationalization of Construction Land

Summary

In this paper, the authors analyze the protection of ownership right under the Protocol 1 of the European Convention on Human Rights, and particularly from the aspect of conversion of the state ownership right on construction land into public and private ownership on the basis of the (Urban) Planning and Construction Act of the Republic of Serbia. This Act has made provisions for establishing the legal unity of title (ownership) to both land and the building facility by means of conversion; thus, the building owner becomes the owner (co-owner) of the land whereas the state-owned construction land becomes public property.

The conversion of a non-possessory right to use some property into the ownership right on construction land may be exercised in two ways: without any compensation or by paying compensation for the market value of the construction land. The right to conversion without paying compensation for the market value of the construction land may be exercised by natural or legal persons who (being building owners or owners of flats) have already been granted the right to use the construction land, which may serve as the basis for acquiring private ownership (or co-ownership) on the land. The right to acquire ownership on construction land without any compensation may also be exercised by public legal entities such as: the Republic of Serbia, the Autonomous Province of Vojvodina, and the local government units (city, municipality) which are entitled to acquire public ownership on construction land.

In this paper, the authors have also analyzed some drawbacks of the Urban Planning and Development Act, which includes some provisions violating the ownership right as contained in Protocol 1.

Key words: *ownership right, Protocol 1, construction land, (Urban) Planning and Construction Act, conversion of construction land into public and private ownership.*

ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕСАОБРАЗНОСТ РОБЕ УГОВОРУ – ОБЛИК ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА¹

Апстракт: Трговац је дужан да потрошачу преда ствар која је саобразна уговору². Објективни критеријум за оцену о постојању саобразности робе уговору јесте уговор, јер је продавац дужан да испуни своју обавезу „у свему како она гласи“ (*pacra sund servanda*). Обавеза мора да буде извршена у врсти, количини и квалитету (особинама), као и у време, месту и на начин предвидјен уговором. Несаобразност робе уговору постоји кад испуњење својим фактичним елементима одступа од фактичких елемената уговорене обавезе трговца. Процена саобразности робе врши се у односу на конкретан уговор, а не апстрактном применом неке теорије или унапред утврђених начела.³ Наш нови Закон о заштити потрошача из 2010. године уместо појма „физичка мана“ говори о „недостатку саобразности“, „несаобразности“.

Појам несаобразности је шири од појма физичких недостатака. Тако, на пример, несаобразност постоји у случају испоруке друге ствари – *aliud*. Због тога се термини „физичка мана“ и „несаобразност“ не могу користити као синоними.

Кад испоручена роба није саобразна уговору, то представља повреду уговорне обавезе трговца. Повреда обавезе трговца повлачи његову одговорност за недостатке саобразности уколико су кумулативно испуњени одредјени услови. Трговац је одговоран за несаобразност робе уговору која се појави у року од две године од дана преласка ризика на потрошача.

Кад испоручена роба није саобразна уговору потрошач има право да захтева од трговца да отклони несаобразност, без накнаде, оправком или заменом, односно да захтева одговарајуће умањење цене или да

1 Чланак представља резултат рада на пројекту «Људска и мањинска права у европском правном простору», под редним бројем 14043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

2 Закон о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП), чл. 51 ст. 1.

3 Вилус, Ј; Остваривање високог степена заштите потрошача у , Правни живот, бр 5-6/00, стр. 199

раскине уговор у погледу те робе (ЗЗП, чл. 54 ст. 1). Поред тога он има право да захтева од трговца наканду штете која проистиче од несаобразности.

За обавезе трговца које настану услед несаобразности робе, производјач се према потрошачу налази у положају јемца. По својој правној природи одговорност производјача за штету од производа са недостатком је објективна. Она се не може уговором ограничити нити искључити.

Кључне речи: *трговац, потрошач, роба, несаобразност, одговорност за несаобразност.*

Уводне напомене

Основна обавеза продавца јесте да испоручи купцу (потрошачу) ствар (робу) у исправном стању. Ова обавеза мора да буде извршена у врсти, количини и квалитету, као и у време, на месту и на начин који су предвиђени уговором. У том смислу, основ неиспуњења обавезе испоруке може бити остварен неизвршењем испоруке, доцњом у испоруци, као и испорукама робе чија количина, својства или паковање нису у складу са уговором⁴. Неиспуњење уговорних обавеза може да се манифестује у два прваца. Први, неиспоруком робе коју продавац није испоручио купцу у уговореном року (зато што је није благовремено предао превозиоцу ради превоза или је није на време ставио на располагање купцу). Други, кад испорука робе нема уговорена или уобичајена својства. Без обзира на разлог неиспоруке робе, односно неуредне испоруке робе, сваки од наведених основа повлачи и одговарајуће правне последице – чак и најригорознију санкцију – раскид уговора због непоштовања уговорне обавезе.

Предмет овог рада је институт несаобразности робе уговору.

У Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе није одређено значење института саобразности, већ је прихваћен еkleктички метод. Под утицајем common law система, у Конвенцији су набројани случајеви када се сматра да роба није саобразна⁵. Неопходно је разликовати две ситуације. Прва, као основни критеријум за утврђивање саобразности прихваћена су уговорена својства (раста sunt servanda). Друга, роба није саобразна, осим када уговором није што друго предвиђено, ако:

⁴ Перовић, Ј., Несаобразност робе као основ неизвршења уговора о продаји; Право и привреда, бр. 5-8/2003, стр. 333.

⁵ Конвенција, чл. 35.

- не одговара за сврхе за које се роба истог описа редовно користи;
- не одговара за посебну сврху која је изричито или прећутно била позната продавцу у време закључења уговора, осим ако околности показују да се купац није ослонио, или да би то било за њега неразумно, на стручност и процену продавца;
- не поседује својства робе која је продавац показао купцу као узорак или модел;
- није упакован или заштићен на начин који је уобичајен за такву робу или, кад не постоји такав начин, на начин који је подобан да сачува и заштити робу (чл. 35. ст.1.).

Осим наведених, изричито предвиђених случајева, у теорији преовладава схватање да је и случај *aliud* на прећутан начин обухваћен Конвенцијом као случај несаобразности, мада је Хашким законом био изричито прихваћен.

Када су у питању концепти одговорности за недостатке ствари, разликују се два основна концепта: континентални и англосаксонски концепт саобразности. Посебно треба указати на концепт саобразности који је установљен Директивом ЕУ о прилагођавању права држава чланица које се односи на одговорност за неисправан производ – 85/374/ЕЕ (у наставку: Директива 374).

Према континенталним правним системима, који се заснивају на концепцији римског права, под неизвршењем се подразумева само дужничка доцња (*mora debitoris*), а на мане, видљиве или скривене, примењују се посебна правила⁶. Према континенталном систему разликује се одговорност продавца за квалитативне материјалне недостатке од одговорности за делимично или неизвршење уговора⁷. Овај систем одговорности продавца заснива се на појму „материјалног недостатка“, приликом одређивања одговарајућих правних последица (мисли се, у првом реду, на права која припадају купцу). Овом систему припадао је и наш правни систем. Међутим, треба приметити да овај систем трпи одређене промене – у складу са потребама сигурности правног промета, купца (потрошача), као уговорне стране, и његове заштите. Посебно треба истаћи да је он напуштен у Бечкој конвенцији о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године. Напушта се термин „материјални“ недостатак, а уводи се појам „саобразности“.

Појам саобразности предствља јединствени систем одговорности у случајевима када роба не одговара условима закљученог уговора. Купац (потрошач) купује робу да би задовољио одређену потребу, имајући притом у виду њена уговорена својства и квалитет. Због тога уговорена својства и квалитет треба да представљају основне елементе у утврђивању (не) постојања

⁶ Вилус, Ј., Остваривање високог степена заштите потрошача у ЕУ, Правни живот, бр. 5-6/00. стр, 199; Перовић, Ј., нав. чланак, стр. 334.

⁷ Васиљевић, М., Трговинско право, Београд, 2006., стр. 61.

недостатака, а не објективна процена квалитета, односно својстава ствари⁸. Директива ЕЗ у свим сегментима института, почевши од дефинисања производа за које се одговара преко одређења врсте недостатака и осталих својстава који повлаче за собом деликтну одговорност, круга субјекта који имају право на одштетни захтев и који могу одговарати за настале штете, до врсте и обима одговорности дефинише концепт саобразности. Логично, одређене разлике ипак постоје, али нису толико значајне да би могле представљати иоле озбиљнију потешкоћу у трансформацији института. Правилима европског права постављеним у Директиви ЕЗ 374 успоставља се једнакост субјекта у тржишној утакмици, реализује начело слободног кретања, роба на заједничком тржишту и посебно концепт свеобухватне заштите интереса потрошача⁹. То значи да институт саобразности представља значајни основ за остварење неких виталних циљева и задатака ЕУ.

Правила садржана у Директиви 374 примењују се на односе у које поводом продаје робе ступају професионалац и лице које има статус потрошача. Почев од купца (потрошача) круг лица може бити шири. Тај круг може чинити купац који производ користи за личне потребе, а не за производњу или препродају, али то може бити и лице у пролазу, чланови купчеве породице, његови гости (трећа лица). У пракси, по правилу, ради се о потрошачу.

С обзиром на чињеницу да се Директивом 374 уводе нови правни појмови, начела и услови одговорности који су савременији, доприносе сигурности слабије уговорне стране (по правилу купца – потрошача), то се у теорији истиче потреба да се дејство тих нових правила, која раније нису била позната европским грађанским законима, прошире и на друге субјекте који немају статус потрошача, већ се професионално баве неком привредном активношћу, као и на друге ствари (непокретности). Тако би се на јединствен начин регулисало питање одговорности за недостатак. У таквом случају, посебност потрошачког права могла би се истаћи на тај начин што би се законом предвидела могућност за професионалце да уговором ограниче или искључе примену одређених правила. То није могуће када у однос ступају потрошач и професионалац¹⁰.

Увођењем нових и строжих облика одговорности продавца (дужника) за недостатке продате ствари не укидају се постојећи прописи држава чланица ЕУ о уговорној и вануговорној одговорности за накнаду штете, као и за посебне случајеве одговорности. Оштећеник има право избора по којем од правних правила ће тражити накнаду штете. Према правилима члана 1. ст. 2. т. б. и ст. 3. Директиве ЕУ 374, она се не примењује на ствари које се продају у извршном поступку или путем јавне продаје.

⁸ Петрић, С., Одговорност за материјалне недостатке ствари према новом Закону о обвезним односима, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 1/06, стр. 102.

⁹ Исто, стр. 106.

¹⁰ Мишовић, М., Заштита права потрошача, Крагујевац, 2009., стр. 90.

У нашем праву, правила Директиве 374 укључена су у Закон о заштити потрошача из 2010. године. Може се рећи да је укључивањем правила Директиве 374 у Закон о заштити потрошача извршено усклађивање наших правила о одговорности за штету изазвану неисправним производом с правом ЕУ, као и прилагођавање правила о заштити потрошача у Србији правилима са истим предметом регулација у земљама ЕУ.

1. Појам саобразности

Продавац (трговац) је дужан да потрошачу испоручи ствар која је саобразна уговору. Претпоставља се да је испоручена роба саобразна уговору:

- ако одговара опису који је дао трговац и ако има својства робе коју је трговац показао потрошачу као узорак или модел;
- ако има својства потребна за нарочиту употребу за коју је потрошач набавља, а која је била позната трговцу, или му је морала бити позната у време закључења уговора;
- ако има својства потребна за редовну употребу робе исте врсте;
- ако по квалитету и функционисању одговара ономе што је уобичајено код робе исте врсте и што потрошач може основано да очекује с обзиром на природу робе и јавна обећања о посебним својствима робе дата од стране трговца, произвођача или њихових преставника, нарочито ако је обећање учињено путем огласа или на амбалажи робе¹¹.

Трговац одговара за несаобразности робе уговору, која је постојала у часу преласка ризика на потрошача, без обзира на то да ли је за несаобразност знао. У новом Закону о заштити потрошача из 2010. године за означавање ствари која има недостатке као синоними не користе се различити термини из ранијих правних прописа и правне литературе – физички недостатак ствари, физичка мана, редхиторна мана, материјални недостатак (Закон о облигационом односима), мане робе (Опште узансе за промет робом). У Једнообразном закону о продаји телесних покретних ствари, у Бечкој конвенцији, као и у Директиви 374 прихваћен је институт несаобразности робе. Према правилима члана 6. Директиве 374 производ није исправан ако не пружа сигурност која се од њега оправдано очекује. Институт несаобразности је шири од института материјалних недостатака. У прилог томе говори следеће.

¹¹ Закон о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП), чл. 51., „Службени гласник РС“, бр. 73/2010.

Недостатак саобрзаности постоји:

- када је испоручена ствар са материјалним недостацима. Не сматра се да производ има недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ¹².
- у случају делимичне испоруке;
- испоруке мање или веће количине од уговорене;
- испорука друге ствари – aliud.

На основу напред наведеног, може се закључити да недостатак саобразности постоји у свим случајевима који се у националним правима континенталног правног система, по правилу, узимају као случајеви неизвршења испоруке и одвајају од физичких мана, за које постоји посебна продавчева одговорност¹³.

Један од основних циљева института несаобразности у правним изворима¹⁴ јесте заштита потрошача који често не знају ни своја основна права, тако да их је неопходно едуковати (обезбедити образовање – стицање основних знања и вештина неопходних за правилан и поуздан избор производа и услуга, као и знања о основним правима и дужностима потрошача и начину њиховог остваривања). С обзиром на слабо образовање и неинформисаност, потрошачи се у погледу својстава производа у знатној мери ослањају на оно што је наведено у реклами, написано на етикети или му је саопштио продавац приликом продаје¹⁵.

Појам несаобразности обухвата и несаобразност која је последица погрешне инсталације или монтаже купљене робе. У том случају трговац одговара како за погрешну инсталацију или монтажу која је последица његове радње, тако и за инсталације или монтажу коју је извршио потрошач, ако је она последица недостатака у упутству које је дао трговац¹⁶.

Оштећеници су позивањем на одредбе прописа усклађених са Директивом 374 дужни доказати: штету, неисправност производа и каузалитет неисправности и штете, али не и кривицу или пропуштање дужне пажње произвођача¹⁷.

Дужник за несаобразност робе одговара према објективном, а не према субјективном критеријуму. За постојање одговорности није потребна његова кривица, намера или непажња, већ он одговара без обзира на кривицу, чим

12 Директива 374, чл. 6.; ЗЗП, чл. 59. ст. 2.

13 Драшкић, М., Међународно привредно уговорно право, Бгд, 1990, стр. 181; Primont, S., La garantie de conformité, Reue trimestrielle de droit commercial et de e cononucle, br. 2-2006, sin. 262 i 265.

14 Бечке конвенције (чл. 35. ст. 2); Директиве (чл. 2. ст. 2(итд.

15 Вилус. Ј., нав. чланак, стр. 199; Перовић, Ј. нав. чланак, стр. 334.

16 ЗЗП, чл. 53.

17 Директива 374. чл. 4.

недостаци постоје. Јер, дужник сноси ризик случајне пропасти или оштећења до његовог преласка на повериоца.

Када говоримо о заштити поверилаца правилима Директиве 374, морамо да истакнемо да је највећа новост, као и основ разумевања нових предности за потрошаче (оштећенике) правнотехнички појам произвођача. То је лице које је објективно, независно од кривице, одговорно за накнаду штете¹⁸. Наш ЗЗП (чл. 61) изричито предвиђа да произвођач одговара за штету насталу од производа са недостатком без обзира на то да ли је знао за недостатак. Његова одговорност за штету од производа са недостатком је по својој правној природи објективна. Произвођач се не може ослободити одговорности доказујући да није крив. Ово правило из Закона о облигационим односима дерогирао је Закон о заштити потрошача, као *lex specialis*. Он је правилом из члана 60 став 1. предвидео обавезу потрошача да докаже да је производ имао недостатак и да постоји узрочна веза између тог недостатка и претрпљене штете. Али, произвођач није субјект у смислу Закона о облигационим односима, односно није само то већ је прецизније дефинисан с више могућих учесника у промету робе, и то:

а) произвођачима готових производа, сировине или саставног дела готовог производа;

б) лицем које се обележавањем производа својим именом, жигом или другим знаковима разликовања представља као произвођач;

ц) сваким лицем које увози у Заједницу производ ради даље продаје, закупа, лизинга или га у оквиру своје привредне делатности ставља у било који облик дистрибуције;

д) ако се не може утврдити ко је произвођач, тада ће се сматрати произвођачем сваки испоручилац производа, ако у разумном времену не обавести оштећеног о томе ко му је испоручио производ. Произвођачем ће се сматрати сваки испоручилац производа и кад на производу није наведен увозник, па и ако је на производу наведен произвођач.

Ако се утврди да је више лица одговорно за штету од производа са недостатком, њихова одговорност за штету је солидарна¹⁹. Ако се применом Директиве утврди да је за штету одговорно два или више лица, тада ће она одговорати заједно и солидарно. Тиме се не искључује примена националних прописа о праву регреса²⁰.

С обзиром да је на домаћем, као и страном тржишту, све присутнија масовна производња великог броја различитих и понекад технолошких веома сложених производа (најчешће техничке робе), све је присутнији и интензивнији проблем штета од производа који нису у свему сагласни са стандардима

¹⁸ Директива, чл. 3.

¹⁹ ЗЗП, чл. 63.

²⁰ Директива, чл. 5.

сигурности и квалитета који потрошачи оправдано очекују. Будући да се ради о специфичном односу произвођач – потрошач, као и због чињенице да овакве штете често производе изузетно високе одштетне захтеве, у неким правним системима установљена су посебна правила о одговорности произвођача за штете од мањкавости (недостатака) на производу. У правима где таква посебна решења не постоје, овакве се штете просуђују према општим правилима о деликтној или уговорној одговорности за штету²¹. То значи да произвођачи, као лица у праву, објективно, независно од кривице одговарају за накнаду штете²².

2. Услови који морају бити испуњени да би продавац одговарао за недостатке саобразности

Ако роба није саобразна уговору продавац (трговац) одговара купцу (потрошачу) за несаобразност. Међутим, да би потрошач могао да позове на одговорност трговца, и да има према њему одређена права, потребно је да буду испуњени одређени услови.

Прво, потребно је дужничково испуњење обавезе и повериочев пријем испуњења, јер недостатак може имати само оно што је испуњено.

Друго, трговац одговара за несаобразност робе уговору, која је постојала у часу преласка ризика на потрошача, без обзира на то да ли је за несаобразност знао²³. Недостатак мора да буде скривен од потрошача у моменту закључења уговора.

Мада начелно трговац (дужник) одговара за све недостатке саобразности свог испуњења обавезе, ипак свака несаобразност неће проузроковати ту одговорност. Незнатни недостатак саобразности не узима се у обзир. Ризик прелази са дужника на повериоца у тренутку завршеног испуњења, али и у тренутку повериочевог западања у доцњу са преузимањем завршеног испуњења. Због тога ће поверилац одговарати за оне недостатке саобразности који, односно чији узрок постоји у тренутку извршеног испуњења. Ако је поверилац у закашњењу, за оне недостатке који постоје у тренутку повериочевог западања у доцњу, дужник неће одговарати. Ако недостатака или његов узрок настану након извршеног испуњења односно, након повериочевог западања у доцњу, дужник неће одговарати за недостатке ствари.

Треће, незнање повериоца за постојање недостатка саобразности. Дужник (продавац) не одговара за недостатке саобразности уколико је у време закључења

21 Петрић, С., Одговорност произвођача за штете од недостатака на производу у хрватском праву и праву Европске уније, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 4, 2001, стр. 371.

22 Директива 374, чл. 3.

23 ЗЗП, чл. 52. ст.1.

уговора потрошачу било познато или му није разумно могло остати непознато да постоји недостатак или ако недостатак има своје порекло у материјалу који је потрошач испоручио²⁴.

Према Директиви²⁵ постоји значајно одступање од одговорности за недостатке када ствар нема својства која су назначена у јавној изјави продавца. У овом случају продавац није везан јавним обећањима о посебним својствима робе и не одговара за недостатке својстава која су јавно обећана, ако он сам није знао нити је могао знати да је обећање учињено или ако је пре закључења уговора објављена исправка обећања, или ако обећање није могло утицати на одлуку потрошача да закључи уговор. Наведеним правилима доводи се у питање концепт саобразности и заштита потрошача²⁶. Увидом у упоредно право може се приметити да питање наведених ограничења није општеприхваћено. Тако, Француско законодавство (чл. 211-6 Потрошачког закона) и Грађански законик Немачке (пар. 434) прихватају само једно ограничење – да продавац за изјаву није знао или није разумно могао знати.

Уношење тзв. егзонерационих клаузула у уговоре закључене између трговаца и потрошача јесте забрањено. Правилем члана 7. става 1. Директиве 347 изричито је предвиђено да уговорне клаузуле којима се ограничава или искључује продавчева одговорност за недостатке не обавезују потрошача. На исправност и правичност овог решења указује и чињеница да у Француској постоји иницијатива да се ово правило прошири и на односе који се заснивају између два професионаца који обављају различите привредне активности²⁷.

Ипак, упркос постојању недостатка саобразности, у том тренутку могу постојати или касније настати околности које ће искључити или само одговорност дужника за те недостатке саобразности или права поверилаца која му због недостатака саобразности припадају. Када је у питању уговор о продаји, одговорност продавца као дужника искључиће и околност да се ради о принудној јавној продаји. Власник ствари која је продата на тај начин не одговара за недостатке саобразности.

3. Рокови и терет доказивања

Према Директиви 347 продавац одговара за недостатке саобразности који постоје у моменту предаје ствари²⁸. Нашим Законом о заштити потрошача

24 Директива 347, чл. 2. ст. 3; ЗЗП, чл. 52, ст. 3.

25 Директива 347, чл. 2. ст.2. т. 5.; ЗЗП, чл. 52, ст. 5.

26 Payet, M.S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, 2001, стр. 711; Директива 347, чл. 2. т. 4; ЗЗП, чл. 52.

27 Исто, стр. 711.

28 Директива 347, чл. 3. ст. 1.

из 2010. године предвиђено је, да је трговац одговоран за несаобрзаност робе уговору која се појави у року од две године од дана преласка ризика на потрошача²⁹. То значи да недостатак саобразности мора да постоји у одређеном тренутку. Продавац неће одговарати за недостатке саобразности који су настали након испоруке ствари.

С обзиром да недостатак саобразности може бити видљив или невидљив у тренутку испоруке ствари, Директивном 347 је, ради заштите потрошача доприноса сигурности у правном промету, као и смањења спорова пред надлежним судом, предвиђена једна значајна новина у погледу уређивања односа између продавца и других лица. Претпоставља се да је недостатак саобрзаности, који се појавио у року од шест месеци од предаје ствари, постојао у моменту предаје, осим ако се поднесе супротан доказ или ако ова претпоставка није сагласна са природом робе или са природом недостатка саобразности³⁰. Слично решење предвиђено је и у нашем ЗЗП из 2010³¹. Захваљујући овом решењу, у првих шест месеци терет доказивања да недостатак саобразности није постојао у време испоруке ствари сноси продавац. Ако се недостатак појави по протеклу шест месеци од испоруке, потрошач ће бити дужан да доказује да је недостатак постојао у време предаје ствари. Ако је роба била на оправци, рок се продужава за онолико времена за колико је потрошач био лишен употребе ствари. У случају кад је оправка била знатнија или је недостатак био отклоњен заменом ствари, тада од момента предаје оправљене или замењене робе, као тренутка преласка ризика, почиње тећи и нови рок од две године.

У случају продаје половне робе трговац и потрошач могу уговорити краћи рок у коме трговац одговара за несаобразност, али који не може бити краћи од једне године.

4. Приговор (рекламација)

Одговорност за недостатке постоји уколико су испуњени услови за њено постојање, а не постоји ни једна од околности које ту одговорност искључују. Мада је одговорност продавца настала чим су испуњени услови, а нема околности које је искључују, она може престати престанком повериочевих права и захтева који му припадају по основу продавчеве (дужникове) одговорности. Повериочева права и захтеви, а тиме и дужникова одговорност, престају у случају повериочевог пропуштања да дужника обавести о недостацима. Са друге стране, поверилац који жели сачувати права и захтеве по основу дужникове одговорности за недостатке, а тиме и дужникову одговорност, мора

²⁹ ЗЗП, чл. 55. ст. 1.

³⁰ Директива 347, чл. 5. ст. 3

³¹ ЗЗП, чл. 55. ст. 2.

под претњом губитка права и захтева, да обавести дужника о недостацима³². Јер, стављање приговора (рекламације) неопходни је услов који мора бити испуњен. Тако је и нашим новим Законом о заштити поверилаца из 2010. године предвиђено да потрошач може да изјави рекламацију трговцу, ради остваривања својих права по основу одговорности продаваца за недостатке саобразности³³. Директива 347 не уређује питања која су везана за садржину и начин стављања приговора. Тим питањима не бави се, и не регулише их, ни наш Закон о заштити потрошача из 2010. године. Мада се Директивом 347 не регулишу наведена питања, она пружа максималну заштиту повериоцима (потрошачима) у погледу питања благовремености приговора. Директива 347 чини искорак у односу на постојећа правила доводећи потрошаче у повољнију позицију у погледу могућности остварења права. За разлику од Бечке конвенције, која прописује да се приговор учини у разумном року (чл. 39.), односно без одлагања (чл. 23. нашег раније важећег ЗЗП), Директивом се предвиђа, да се у националним правима може предвидети (али без обавезе) да потрошач треба да обавести продавца о недостатку саобразности у року од два месеца рачунато од дана када је открио недостатак (чл. 5. ст. 2.). Рок је субјективне природе. Рачуна се од дана откривања недостатка, а што даље значи да не постоји обавеза прегледа ствари као услов одговорности продавца³⁴. Слободу коју предвиђа Директива 347 у погледу обавештавања нека национална права су искористила, имајућу у виду заштиту права потрошача, тако што нису предвидела обавезу обавештавања у року од два месеца (нпр. Француска, Немачка итд.)³⁵. Благовременост приговора не уређује ни наш нови Закон о заштити потрошача из 2010. године. Њиме се само предвиђа обавеза трговца да без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од пријема рекламације, одговори потрошачу са изјашњењем о поднетом захтеву и предлогом његовог решавања³⁶. Приликом уређивања овог питања водило се рачуна о заштити интереса поверилаца (потрошача) па је због тога прецизно одређен рок за изјашњавање дужника о поднетом приговору. Ово питање регулисано је и Бечком конвенцијом³⁷, према којој потрошач мора да стави приговор у року од две године, рачунато од предаје ствари. Рок је објективне природе, јер се рачуна од дана куповине ствари, што се доказује рачуном о

32 Слакапер, З. Примена одредби Закона о обвезним односима о одговорности продавца за материјалне недостатке на разне врсте уговора, Зборник Правног факултета Свеучилишта у ријеци, бр. 1. 2004., стр. 459-460.

33 ЗЗП, чл. 58. ст. 1.

34 Мићовић, М.: Од одговорности за материјалне недостатке до одговорности за недостатке саобразности према Директиви ЕУ 1999/44, Право и привреда, бр. 5-8, 2007, стр. 281.

35 Calais – Auloy, I., Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité, Revue trimestrielle de droit civil, br. br, 4/05

36 ЗЗП; чл. 58. ст. 2.

37 Бечка конвенција, чл. 39. ст. 2.

купљеном производу. У правној теорији постоји схватање по коме одређивање рока у коме потрошач мора да стави приговор – 2. године од предаје ствари – није добро и не одговара интересима потрошача, јер се недостатак најчешће открива после испоруке ствари, тако да би га требало рачунати од тренутка откривања мане³⁸.

5. Права потрошача

Према Директиви 347 ако испоручена роба није саобразна уговору (недостатак саобразности) приговор због недостатка саобразности је основан, а потрошач може да захтева од продавца да недостатак отклони, да му преда другу ствар без недостатка, да захтева снижење цене или раскид уговора³⁹. Ако према потрошачу одговара последњи продавац у ланцу продаје, он има право да се обештети од стварно одговорног лица. Услов за то је да је недостатак саобразности последица чињења или нечињења произвођача, претходног продавца у ланцу продаје или неког другог претходника који је посредовао у продаји⁴⁰.

Као активно легитимисана лица појављује се широк круг могућих оштећених лица. С обзиром да је одговорност за штету изазвану недостатком саобразности ствари објективна деликтна одговорност, то се као оштећено лице може појавити, поред купца који производ користи за сопствене потребе, и лице у пролазу, чланови породице, гости – трећа лица. У пракси је то најчешће потрошач. Ради максималне заштите оштећеног купца, Директива 347 третира произвођача као лице објективно, независно од кривице, одговорно за накнаду штете⁴¹. Он није уговорна страна, односно није само то, али се може појавити у правном промету са више могућих учесника (како је то већ напред у чланку наведено).

Ако се применом Директиве 347 утврди да су за штету одговорна два или више лица, тада ће она за штету одговорати заједно и солидарно. Тиме се не искључује примена националних прописа о праву регреса⁴². Слично решење предвиђено је и нашим Законом о заштити потрошача из 2010. године. Ако је више лица одговорно за штету од производа са недостатком њихова одговорност је солидарна⁴³.

38 Исто, стр. 708.

39 Директива 347, чл. 4.

40 Директива 347, чл. 4.

41 Директива 347, чл. 3.

42 Директива, чл. 5.

43 ЗЗП, чл. 63.

Сва наведена права потрошача због недостатка саобразности познаје и Бечка конвенција. Њоме се штите интереси и дужника и повериоца. Према овој Конвенцији купац не може да захтева оправку ако би то било неразумно, док замену може захтевати само ако недостатак саобразности представља битну повреду уговора.

Правилима члана 54. нашег Закона о заштити потрошача из 2010. године уређују се правне последице несаобразности. Тако, ако испоручена роба није саобразна уговору, потрошач има право да захтева од трговца да се отклони несаобразност, без накнаде, оправком или заменом, односно да захтева одговарајуће умањење цене или да раскине уговор у погледу те робе. Може се закључити да су сва наведена права потрошача у складу са Директивом. Нашим Законом је утврђен редослед права потрошача. Потрошач, на првом месту, почне да бира између захтева да се несаобразност отклони оправком или заменом. Ако отклањање несаобразности није могуће на наведене начине (оправком или заменом) или ако представља несразмерно оптерећење за трговца, потрошач може да захтева умањење цене (бонификација) или да изјави да раскида уговор. Несразмерно оптерећење за трговца постоји ако, у поређењу са умањењем цене и раскидом уговора, ствара претеране трошкове, узимајућу у обзир:

- вредност робе коју би имала да је саобразна уговору;
- значај саобразности у конкретном случају;
- да ли се саобразност може отклонити без значајних неугодности за потрошача.

Свака оправка или замена се мора извршити у примереном року и без значајних неугодности за потрошача, узимајући у обзир природу робе и намеравану употребу ствари од стране потрошача. Све трошкове који су неопходни да би се роба саобразила уговору, а нарочито трошкове рада, материјала, преузимања и испоруке сноси трговац. У правној теорији постоји мишљење по коме, пошто продавац може готово увек да оспори избор потрошача, што битно компликује и доводи у питање заштиту њихових интереса, то треба укинути успостављену хијерархију права и омогућити потрошачу слободан избор између четири права⁴⁴.

Може се закључити да потрошач може да раскине уговор само уколико недостатак саобразности представља битну повреду уговора. Према ставовима доктрине и судске праксе у вези са поменутиим питањем, реч је о фактичком питању, које се процењује у светлу релевантних околности сваког конкретног случаја, те да заузимање стриктног става у правцу дозвољавања, односно одбијања купцу права на раскид у овакој ситуацији не би било оправдано. Другим речима, суд при оцени овог питања мора најпре утврдити озбиљност и природу конкретног недостатка саобразности и његов значај за купца, а затим и

⁴⁴ Мићовић, М., Заштита права потрошача, Крагујевац, 2009. стр. 97.

друге околности, као што су спремност продавца да отклони недостатак, његова способност да то учини у разумном року, прилике на тржишту и слично⁴⁵.

За обавезе трговца које настану услед несаобразности робе, произвођач се према потрошачу налази у положају јемца.

Поред наведених права, потрошач има право и на накнаду штете. Он ће имати ово право ако су испуњени услови да би могао остваривати према продавцу неко од основних права због недостатка. Потрошач мора да докаже да је претрпео штету, да је производ имао недостатак и да постоји узрочна веза између тог недостатка и претрпљене штете. Обим штете која се надокнађује потрошачу у границама примене Директиве 347 одређен је дефиницијом штете која обухвата само имовинску штету и то:

- штету проузроковану смрћу или телесним повредама;
- штету или уништење ствари оштећеног различите од неисправног производа, а која је намењена личној употреби или потрошњи и коју је оштећени претежно користио за личну употребу и потрошњу (чл. 9 (a), (b), (i), (ii))⁴⁶

У упоредном праву предвиђа се квантитавно ограничење одговорности за штету проузроковану уништењем или оштећењем ствари неисправним производом. Тако, оштећени има право на накнаду штете проузроковане уништењем или оштећењем ствари само за део штете којију прелази износ од 500 еура. Накнаду неимовинске штете, штете мање од 500 еура оштећени остварује према другим општим или посебним националним прописима о накнади штете. Одређивањем минималне границе одштетног захтева спречава се подизање бројних тужби због малог износа штете, што растеређује судове.

Потрошач неће моћи да остварује права према трговцу (укључујући и право на накнаду штете) ако је недостатак саобразности настао његовом кривицом. Међутим, он има право на накнаду штете од трговца због тога што му је испоручена роба са материјалним недостатком и у случају непостојања кривице трговца. Али, када је у питању накнада штете која је последица мана на роби (рефлексна штета – штета коју је потрошач претрпео на другим својим добрима) потребна је кривица продавца⁴⁷. Продавац ће одговорати само ако је знао или морао знати да ствар коју продаје има недостатак, односно особину која је штету изазвала⁴⁸.

Према схватању наших судова, пошто одговорност продавца за рефлексну штету има правну природу деликтне, а не уговорне одговорности, то потрошач

45 Перовић, Ј., Несаобразност робе као основ неизвршења уговора о продаји, *Право и привреда*, бр. 5-8, 2003. год., стр. 341-342.

46 Милкотин Томић, Д, нав. чланак, стр. 347.

47 Мићовић, М., нав. дело, стр. 97-98,

48 Радишић, Ј., Одговорност за штету од ствари са недостатком, *Анали*, бр. 3-5, стр. 501.

може остваривати право на накнаду штете коју је због недостатка ствари претрпео на другим својим добрима и кад је пропустио да обавести продавца о недостацима⁴⁹.

Уместо закључка

Закон о заштити потрошача из 2010 године усклађен је са Директивом 347 ЕУ у већој мери него што је то био случај са Законом из 2005. године. Њиме су створене претпоставке за бољи положај потрошача, бржу, бољу и ефикаснију заштиту њихових интереса. Практично се укидају разлике између уговорних и вануговорних обавеза накнаде штете са становишта оштећеног повериоца (потрошача). То доприноси сигурности и правном промету, без које нема нормалног одвијања промета. Поред тога, новим Законом о заштити потрошача из 2010. године доприноси се усклађивању правног система Републике Србије са законодавном ЕУ. Једно од приоритетних подручја у процесу усклађивања нашег права с правом ЕУ је, поред осталог, и право заштите потрошача. То је питање значајно не само за поступак усклађивања већ и за правни положај потрошача на тржишту. На нашем тржишту, где постоји монополизам и главну реч имају доминантни трговци, још увек се не осећа никакво поправљање положаја потрошача. Новим ЗЗП из 2010. године њихов положај је поправљен, али пошто се код нас донети закони не примењују, то је положај потрошача остао исти.

Prof. Dara Milenović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Liability for the Inconformity of Merchandise to the Contract as a Form of Consumer Protection

Summary

Under the Consumer Protection Act, the seller is obliged to deliver the merchandise which is in conformity with the contract. The objective criteria for establishing the conformity is the contract itself because the seller is obliged to fulfill the obligation "as stipulated in the contract" (pacta sunt servanda). The obligation has to be fulfilled in compliance with the kind, quantity and quality (characteristics) of the agreed goods as well as in compliance with the time, place and manner of delivery stipulated in the

⁴⁹ Начелни став бр. 4/85 са XXVIII заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда одржане 6.11.1985., Билтен судске праксе Савезног суда, бр. 23/85, стр. 1.

contract. The inconformity of goods to the contract exists when the performance of contractual obligations departs from the factual elements of the contracted obligation. The conformity of goods is evaluated on the basis of the particularly contract and not on the grounds of some abstract theory or formerly determined principles. Thus, in our new Consumer Protection Act of 2010, the legislator does not use the term “physical defects” but employs the term “lack of conformity” or “inconformity”.

The term “inconformity” is wider than the term “physical defects”. Thus, for example, the inconformity exists in case of the delivery of some other merchandise - aliud. For this reason, the terms “physical defects” and “the inconformity” cannot be used as synonyms.

When the delivered goods are not in conformity with the contract, there is a breach of contractual obligations. The breach of the seller’s obligation results in his liability for the lack of conformity, which is subject to the prescribed conditions which have to be fulfilled cumulatively. The seller is responsible for the inconformity of goods with the contract if the inconformity appears within a period of two years from the date of delivering the goods and transferring the risk to the consumer.

When the delivered goods do not conform with the contract, the consumer is entitled to request from the seller to remove the inconformity (either by repair or replacement) free of charge, to demand an appropriate price reduction or to terminate the contract pertaining to the specific merchandise (in accordance with Article 54, para.1 of the Consumer Protection Act). In addition, the consumer is entitled to seek the compensation of damage stemming from the inconformity.

The producer is a guarantor of the seller’s obligations to the consumer in respect of the inconformity of goods. The producer has an objective liability for the damage caused by a defective product. The producer’s liability can be neither limited not excluded by the contract.

Key words: *dealer, consumer, merchandise, inconformity, liability for inconformity.*

Проф. др Александар Ђирић, редовни професор

Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 339.923(47+57)“1991/2001“

ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ДВАДЕСЕТОГОДИШЊЕГ ФУНКЦИОНИСАЊА ЗАЈЕДНИЦЕ НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА¹

Апстракт: Поводом двадесет година од оснивања Заједнице Независних Држава, аутор прилога се бави њеним настанком, анализира организационе аспекте и функционисање Заједнице, пре свега у области трговинске сарадње и на плану хармонизације и унификације правних извора између држава-чланица. Посебна пажња је удељена интеграционим процесима, облицима и карактеристикама привредне сарадње на нивоу држава-чланица Организације, као и правној регулативи трговинских односа. У том делу су спроведена истраживања о Економској унији ЗНД и појави елемената наднационалних овлашћења њених органа. Размотрена је материја о зонама слободне трговине, царинским унијама, Евроазијској економској заједници, Јединственом економском простору ЗНД и другим облицима трговинске и привредне интеграције. На подлози Стратегије економског развоја Заједнице до 2020. године, аутор се, у централном делу рада и у његовом закључку, бави даљим правцима развоја, пре свега, изградњом и функционисањем система трговинско-привредне интеграције на нивоу ЗНД.

Кључне речи: Заједница Независних Држава; Економска унија; Зоне слободне трговине ЗНД; Царинске уније ЗНД; Евроазијска економска унија; Јединствен економски простор; Стратегија економског развоја.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који подржава Министарство просвете и науке, евиденциони број 179046.

1. Увод

Децембра месеца 1991. године се на рушевинама Совјетског Савеза, у међународној заједници појавио нови феномен - Заједница Независних Држава - ЗНД (СНГ- Содружество Независимых Государств, *Commonwealth of Independent States-CIS*). У децембру 2011. године Заједница обележава двадесет година свог постојања и деловања. То је прилика за сагледавање стања и перспективе ове међународне регионалне организације, пре свега са аспекта њеног деловања као облика међудржавне трговинске интеграције.

Без обзира на противречни карактер настанка, као и на недоречености у вези са правном природом, ова Организација је прерасла у политичку и економску реалност савременог света. Она није наддржавна творевина и функционише на основама добровољног учешћа држава-чланица. Заједници има статус посматрача при ОУН.

За период свог постојања Заједница је изградила завидну нормативно правну основу и усавршила механизме међусобне сарадње држава-чланица. Успостављен је систем усаглашавања економских политика и хармонизације привредног законодавства. ЗНД је постала уникатно место за отворени и конструктивни дијалог својих чланица на највишем нивоу.

О реалној заинтересованости држава Заједнице за јачањем партнерских односа, сведочи и чињеница да су у последње три године интензивирани интеграциони процеси. Усвојени су нови темељни документи, попут Концепције даљег развоја Заједнице и План основних мера за њену реализацију, као и Стратегија економског развоја ЗНД до 2020. године, који нуде извесност и перспективу заједништва на дужи рок.

Значај постојања и деловања Заједнице посебно су наглашени оснивањем **Евроазијске економске заједнице - ЕЕЗ** (Евразийское экономическое сообщество – ЕвразЭС, као и рађањем и имплементацијом идеје о оснивању **Евроазијске Уније** и Јединственог економског простора, чија је претеча и оквир управо ЗНД.

Интеграциони процеси на простору Заједнице се у њеној двадесето-годишњој историји никада нису заустављали. Кретали су се сходно изазовима савременог времена. Они се ослањају на комплементарностима привреда држава-чланица, на дугогодишње искуство и на међусобну сардњу, проткану општим историјским и духовним наслеђем, блискости земаља и њених народа.

У новије време је веома активна тема о перспективама Евроазијског савеза. Евроазијско подручје се оцењује као супериоран простор на планетарном нивоу. Тако амерички геополитичар Збигњев Бжежински истиче: “Ко буде овладао Евроазијом, тај ће овладати целим светом“. Најмоћније државе у свету, као и њихове међудржавне интеграције помно прате дешавања у оквиру не само Евроазије, већ и целог Тихоокеанског басена: Русије, Кине, Ирана и Индије.²

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

2. Настанак ЗНД

Процес стварања ЗНД, као међународне регионалне организације, започиње потписивањем Споразума о оснивању ЗНД између шефова држава Белорусије, Руске Федерације и Украјине. Споразум је потписан 8. 12. 1991. године у Белорусији и познат је под називом **Беловешки споразум (Беловежское соглашение)**.³ Споразумом је заговорано стремљење ка развоју сарадње у политичкој, привредној, хуманитарној, културној и другим областима. Главни град Белорусије, Минск, је одређен за званично седиште већине координационих органа Заједнице (чл. 14. Споразума). Споразуму су претходили сложени процеси у животу раније државе. Земља је неколико година пре тога преживљавала дубоку кризу сопствене државности. Врхунац тог стања се манифестовао посебно 1990. године, када су донете декларације о суверенитету у низу бивших савезних република. Тиме је стављен крст на модел унитарне државе, који је означио крај Совјетског Савеза. Усталасале су се границе, срушена је национална валута, распао се систем јединствених оружаних снага и др. У таквом амбијенту су се 7. и 8. децембра 1991. у Минску састали председници Русије, Украјине и Белорусије и потписали поменути Споразум. У Преамбули Споразума се наводи: »ми, Република Белорусије, Руска Федерација (РСФСР) и Украјина, као државе - оснивачи СССР, које су потписале Савезни Уговор 1922. године, констатујемо да СССР, као субјект међународног права и геополитичка реалност престаје да постоји«. Дана 21.12.1991. године одржан је самит у Алма-Ати, тада главном граду Казахстана (данас је главни град ове земље, нови административни центар - Астања), коме су присуствовали шефови држава из 11 од укупно 15 бивших савезних република.⁴ Учесници су потписали Протокол уз Споразум у коме се истиче да Азербејџан, Јерменија, Белорусија, Казахстан, Киргистан, Молдавија, Русија, Таџикистан, Туркменистан, Узбекистан и Украјина »на равноправним начелима, као Високе стране уговорнице оснивају Заједницу Независних Држава (ЗНД)«. ⁵ Учесници скупа су, поред Протокола, потписали у Алма-Ати и Декларацију⁶, којом су не само потврдили основне циљеве и принципе ЗНД, већ су њоме предвидели и низ важних појединости. Тако је Декларацијом изричито наглашено да Заједница није ни држава ни наддржавна

3 Текст Споразума је објављен у: »Дипломатический вестник«, No 1/1992, стр. 3-6).

4 Изостале су: Грузија, Латва, Литва и Естонија.

5 У децембру 1993. Споразуму о оснивању се придружила и Грузија. Међутим, поводом конфликта у Јужној Осетији, парламент Грузије је 14. августа 2009. године донео Одлуку о престанку дејства Споразума о оснивању ЗНД од 8. децембра 1991, Одлуке Савета шефова држава ЗНД о усвајању Статута од 22. јануара 1993, као и Уговора о оснивању Економске уније од 24. септембра 1993. Потпун и коначан престанак чланства Грузије из Заједнице, сагласно њеном Статуту, наступио је кроз 12 месеци од дана достављања писменог извештаја Извршног комитета ЗНД. Видети: <http://ria.ru/politics>

6 Текст Декларације видети на адреси: http://www.worldcourts.com/eccis/rus/conventions/1991.12.21_Declaration_AlmaAta.htm

творевина. Прецизирано је да је ЗНД отворена за државе које прихватају циљеве и принципе Заједнице, а присаједињење Заједници је могуће само на подлози сагласности свих њених учесника. Сматра се да статус оснивача ЗНД имају свих 11 држава чији су се шефови састали у Алма-Ати. Међутим, за датум оснивања узимају се два дана и то: 8. децембар 1991, дан када је у Минску потписан Споразум између Белорусије, Русије и Украјине о оснивању ЗНД и 21.12.1991, када је у Алма-Ати потписан Протокол уз Споразум и када је донета Декларација. Такође је занимљиво да се оснивачким актима Заједнице сматрају сва три напред поменути документа: Споразум о оснивању од 8.12.1991; Протокол шефова држава потписан у Алма-Ати и Декларација из Алма-Ате од 21.12.1991. године. Карактеристично је да су ова три документа различита по својој форми и правној снази. Споразум подлеже ратификацији сваке државе, а Декларацију и Протокол је било довољно потписати. Укратко речено, на рушевинама СССР-а створена је реално постојећа организација - Заједница Независних Држава (ЗНД).⁷

У Споразуму о оснивању ЗНД нашла је своје место општа норма о неопходности организовања координационих органа, а касније је у Декларацији из Алма-Ате⁸ прецизирано да ће органи бити конституисани на паритетној основи и да ће функционисати на подлози Споразума, који ће државе-чланице посебно закључити. Тако је 21.12.1991. године 11 земаља-чланица Заједнице потписало Споразум о координационим институтима ЗНД. Њиме је установљен највиши орган Заједнице - Савет шефова држава, а предвиђен је и посебан орган - Савет шефова влада. Након тога су представници свих 11 држава, потписници Споразума о оснивању Заједнице, усвојили 30.12.1991. године Привремени споразум о Савету шефова држава и Савету шефова влада ЗНД. Савет шефова држава је потврду статуса највишег органа добио и у чл. 21. Статута ЗНД.⁹ Савет шефова држава разматра и решава принципијелна питања која су повезана са делатношћу држава-чланица у областима општих и стратешких интереса. Редовно се састаје два пута годишње, а ванредна заседања Савета се могу сазвати на иницијативу једне од држава-чланица Заједнице. Савет шефова влада има улогу координатора сарадње органа извршне власти држава чланица у различитим областима, посебно у економској, социјалној и другим сферама од заједничког интереса (чл. 22. Статута). Савет министара иностраних послова је орган Заједнице који је установљен Одлуком Савета шефова држава и Савета шефова влада од 24. септембра 1993. године. Чланови овог органа су министри спољних послова држава-чланица ЗНД. На нивоу Заједнице постоји и читав низ других органа као што су: Савет министара одбране; Савет команданата пограничних војних јединица; Комисија за права човека, а постоји

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Commonwealth_of_Independent_States. Детаљно о овој Организацији видети: А. Ђирић, Заједница Независних Држава, Ниш, 1998, стр. 3-318.

⁸ Видети текст Декларације: <http://www.cis.minsk.by/page.php>, сајт посећен 28. 10. 2011.

⁹ Текст Статута видети на адреси: <http://www.iacis.ru>, сајт посећен 30. 10. 2011.

и посебан судски орган - Економски суд. Посебно значајан орган у Заједници је несумњиво Међупарламентарна скупштина држава-чланица ЗНД.¹⁰ Она има положај консултативног међународног института. Један од основних циљева њеног деловања је зближавање и хармонизација националних законодавстава земаља-чланица. Од сталних тела Скупштине посебно је важно истаћи комисије за: правна питања; социјалну политику и права човека; заштиту животне средине; питања одбране и безбедности; питања културе, науке и образовања; спољнополитичка питања; контролно буџетска питања и др.

3. Интеграциони процеси, облици и карактеристике привредне сарадње држава-чланица ЗНД

3.1. Правна регулатива трговинских односа у ЗНД

На нивоу ЗНД је 1992. године, у главном граду Киргистана, Бишкеку, потписан Споразум о принципима зближавања привредног законодавства земаља-чланица¹¹. Овим Споразумом је договорено уједначавање законодавства којим се регулише привредна делатност, посебно у следећим областима: а) законодавство у делу којим уређује привредну делатност; б) законодавство о проналасцима, индустријским жиговима и робним знацима; в) законодавство о предузећима и предузетничкој делатности, прописи о поступку разматрања привредних спорова и антимонополско законодавство; г) законодавство о заштити животне средине; д) законодавство којим се регулише међудржавни промет робе и услуга, укључујући и прописе о квалитету и стандардизацији робе и услуга; њ) законодавство о новчаном, банкарском систему и хартијама од вредности; е) законодавство о финансијама, порезима и ценама; ж) транспортно законодавство; з) законодавство о спољнотрговинским односима, укључујући и законодавство о иностраним инвестицијама и валутном регулисању; и) законодавство којим се утврђују царински прописи и тарифе и др.

¹⁰ Настала је на основу Споразума о Међупарламентарној Скупштини од 27. марта 1992. године, који су закључили председници врховних савета (парламената) Јерменије, Белорусије, Казахстана, Киргистана, Руске Федерације, Таџикистана и Узбекистана у Алма-Ати. Касније су Скупштини приступили Азербејџан и Грузија. Скупштина се формира од парламентарних делегација држава-чланица Заједнице, а у њеном раду могу учествовати и парламенти других држава. Тако у својству посматрача, у раду Скупштине учествују представници Молдавије и Украјине. Статус Скупштине је потврђен Статутом ЗНД (чл. 36-37). Из посебног дела који Статут садржи у Одељку VII под називом „Међупарламентарна сарадња“, произлази да Скупштина не улази у структуру органа Заједнице који су напред побројани и који су посебно предвиђени у Одељку VI Статута. Текст споразума у целини на руском језику видети на адреси: <http://www.iacis.ru>, сајт посећен 30. 10. 2011.

¹¹ Соглашение о принципах сближения хозяйственного законодательства государств – участников Содружества, «Бюлтенъ международных договоров», No 10/1993. Споразум нису потписале републике Молдавија, Туркменистан и Украјина.

Уједначавање привредног законодавства се реализује сагласно закљученим споразумима између појединих земаља о одговарајућим проблемима, као и споразумима у оквиру ЗНД. Сви такви споразуми имају приоритет у примени у односу на примену националног законодавства (чл. 5. Споразума).

Ширу правну основу регулисања односа између земаља-чланица ЗНД и њихових привредних субјеката чине: Уговор о оснивању Заједнице; двострани и вишестрани споразуми; норме међународног права и одредбе националних законодавстава. Уколико је једно исто питање регулисано на различите начине, с једне стране, Уговором о оснивању Уније, а с друге стране, националним законодавством, примењиваће се одредбе Уговора (чл. 25. Уговора). Полазећи од нужности за постизањем једнообразности у регулисању економских односа, Стране уговорнице су се споразумеле да своја национална законодавства усагласе са нормама Уговора о оснивању Заједнице и нормама међународног права. У том циљу Стране су се договориле да:

а) израде модел-акте за регулисање узајамних привредних односа; б) раде на координацији и зближавању важећег националног законодавства на основама пројеката - модела и норми међународног права, ради отклањања узајамних противречности у њима; в) усаглашавају нове националне законске прописе у економској сфери; г) спроводе претходне експертизе нацрта нормативних аката, што би требало да омогући њихову усаглашеност са нормама међународног права, Уговора о оснивању, двостраним и вишестраним споразумима и др. (чл. 26. Уговора).

Ради ефикаснијег и организованог рада на припремним пословима у вези са сарадњом у области хармонизације привредног законодавства, основан је **Правни консултативни савет** који чине министри правде и председници виших привредних државних арбитража (судова)¹².

Посебан значај у координацији економске политике и укупних привредних односа између земаља ЗНД, има и сарадња у области **антимонополске политике**¹³.

3.2. Степен и облици интеграције чланица ЗНД

Највећи степен интеграције између чланица ЗНД је остварен између Русије и Белорусије. У априлу 1997. године је потписан уговор о оснивању

¹² Уз Споразум о принципима зближавања привредног законодавства-учесника Заједнице Независних Држава, донет је посебан Пословник о Правном консултативном савету држава-учесница ЗНД, који чини његов саставни део. Текст Пословника садржи четири целине и то: Опште одредбе; Функције Савета; Начин рада Савета и Секретаријат Савета.

¹³ Земље-чланице су у том смислу 12.3.1993. године потписале и посебан Споразум о усаглашеној антимонополској политици, а 20.12.1993. су закључиле Уговор о спровођењу усаглашене антимонополске политике, као и Уредбу о Међудржавном савету за антимонополску политику.

Савезне државе Белорусије и Русије. Успостављено је заједничко тржиште, јединствен привредни простор са слободним прометом робе, услуга, капитала, радне снаге. Формирани су јединствени енергетски и транспортни системи, а предузете су и значајне мере на унификацији финансијског система. Савез има за циљ успостављање јединственог политичког, економског, војног, царинског, валутног, правног, хуманитарног и културног простора. Учесник Уније може постати држава-чланица ОУН, која прихвата принципе Уније и преузима на себе обавезе, предвиђене оснивачким Уговором између Белорусије и Русије од 2. априла 1997. и Статута¹⁴.

3.2.1. Економска унија ЗНД

Темељ међусобне привредне сарадње држава-чланица ЗНД, ударен је потписивањем Уговора о оснивању Економске уније ЗНД из 1993. године.¹⁵ Он је, између осталог, и резултат сазнања да су међусобна удаљавања и отуђеност, која је водила до самоизолације и распада традиционалних привредних веза између ранијих република јединствене државе, узрок тешкоћа и кризе у свим новонасталим независним државама.¹⁶

Уговор почива на поштовању суверенитета сваке државе-чланице, као и на уважавању циљева и руководних идеја оснивачких аката ЗНД. Унија тежи: обезбеђењу повољних услова за динамичан развој привреде и спровођење привредних реформи са циљем подизања животног стандарда становништва у земљама-учесницама; стварању и развоју заједничког привредног простора заснованом на слободном промету робе, услуга, радне снаге и капитала; успостављању директних веза привредних субјеката страна уговорница; успостављању узајамних технолошких веза високоинтегрисаних научно-техничких и производних потенцијала у државама учесницама и др¹⁷. Уговор о оснивању економске Уније ЗНД је по својој суштини оквирни споразум¹⁸,

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

15 Договор о созданин економического союза, <http://www.sng.allbusiness.ru>

16 Користећи правну подлогу из Споразума о оснивању ЗНД, септембра 1993. године у Москви је девет држава: Азербејџан; Јерменија; Белорусија; Казахстан; Молдавија; Руска Федерација; Таџикистан и Узбекистан, иступајући са позиција суверених овлашћења (*iurae imperii*), закључило Уговор о оснивању Економске уније (Дипломатический вестник, № 19-20/1993). Белорусија је држава - депозитар овог Уговора. Уговор се чува у Архиву Владе Републике Белорусије (чл. 34. ст. 6. Уговора).

17 Видети: Преамбула Уговора о оснивању Економске уније.

18 У формално-правном смислу Уговор садржи Преамбулу и 34 члана, распоређених у осам глава и то: Циљеви и принципи Економске уније; Трговинско-економски односи; Предузетништво и инвестиције; Новчано-кредитни, финансијске и валутни односи; Социјална политика; Правно регулисање економских односа; Институти (органи) Економске уније и Завршне одредбе.

којим се више декларишу, него што се реализују циљеви њеног успостављања. Он је, може се рећи, само једна од последица узајамне повезаности привреда ранијих савезних република и реалности постојања постсовјетског привредног подручја на коме се испољавају објективне тешкоће на путу успешне и несметане индивидуалне интеграције националних привреда новонасталих држава у тржишно орјентисану међународну привреду.

Односи унутар Уније се заснивају на признатим међународно-правним начелима, као што су: немешање у унутрашње ствари и уважавање права и слободе човека; мирно решавање спорова и избегавање било ког облика економских притисака у међусобним односима чланица; одговорност за преузете обавезе; искључење сваке врсте дискриминације правних и физичких лица Страна уговорница по националним и другим основима; обављање узајамних консултација у циљу координације ставова и доношења мера за случај економске агресије на било коју Уговорницу од стране једне државе или више држава, које нису учеснице Уговора¹⁹.

Основни циљеви Уније су садржани у тежњи земаља потписница да: створе у својим државама услове за стабилан привредни развој; поступно изграде заједничко економско подручје на тржишним принципима; обезбеде једнаке могућности и гаранције за све привредне субјекте; заједнички реализују економске пројекте, који представљају општи интерес; заједничким напорима решавају еколошке проблеме, као и уклањање последица елементарних непогода и катастрофа. Да би се до таквих резултата дошло, Уговором се предвиђа да Унија треба да обезбеди: слободан промет робе, услуга, капитала и радне снаге; усаглашену политику у кредитно-монетарној, буџетској и пореској сфери; уједначавање мера у области формирања цена, царинским и валутним односима; хармонизацију привредног законодавства између Страна уговорница; постојање заједничке статистичке базе и др. Најзначајнији орган за Економску унију је Међудржавни економски комитет (МЕК), који је основан 1994. године на Заседању Савета шефова држава ЗНД потписивањем Споразума о оснивању Међудржавног економског комитета Економске уније Заједнице (МЕК).²⁰ Он је по својој природи истовремено и **првенац наднационалне структуре**, који у односу на нека питања може доносити одлуке које су чланице Заједнице дужне испунити.²¹ Основни правци његове активности су: Изградња Економске уније стварањем механизма платне уније, зоне слободне трговине, царинске уније, заједничког тржишта робе, услуга, капитала и радне снаге; Постизање хармонизованог регулисања економских односа; Подржавање развоја предузетништва, садејство у развоју инфраструктуре заједничког тржишта

19 чл. 1. Уговора.

20 „Дипломатический вестник“, No 21-22, стр. 35-42.

21 Е. Г. Мойсеев, *op. cit.* стр. 61.

за транснационална привредна удружења, финансијско-индустријске групе, финансијско-кредитне и осигуравајуће структуре и заједничка предузећа. У свом раду МЕК је потчињен Савету шефова држава и Савету шефова влада ЗНД.

У дводеценијској пракси се је показало да је Уговор о Економској унији имао значај полазне трасе за изградњу читаве инфраструктуре и заокруженог механизма конкретних оперативних мера. На тој основи су у току двадесетогодишњег постојања Организације, предузимани напори различитог карактера у циљу успостављања како двостране, тако и вишестране привредне сарадње између земаља ЗНД. Закључени су вишестрани споразуми о царинској унији, о поступку транзита, о координацији у функционисању железничког транспорта, о међудржавним односима у области енергетике, о мерама заштите индустријске својине, о општим условима испоруке робе, о размени информација економског карактера, о принципима зближавања привредног законодавства и др.

3.2.2. Зона слободне трговине ЗНД

Неспорно је да је важна фаза у еволуирању трговинске и привредне сарадње на нивоу ЗНД, започела у априлу 1994. године, када је потписан Споразум о оснивању зоне слободне трговине.²² Површина зоне обједињава царинске територије земаља-чланица.²³

Уопштено посматрано, успостављање зоне слободне трговине се заснива на споразуму две или више царинских подручја која:

а) укидају или знатно снижавају царине и друге ограничавајуће прописе у размени између држава чланица зоне, за производе пореклом са тих подручја и

б) државе задржавају самосталност у погледу вођења своје трговинске политике и одређивања царинских стопа према државама нечланицама зоне. Дакле, зона слободне трговине је трговински блок, који се заснива на споразуму о слободној трговини (ССТ), који елиминише тарифе, увозне квоте и друге дажбине на већини, ако не и на свим, имовинским добрима и услугама у њиховим међусобним трговинским односима.²⁴ За потрошаче значи бољу

22 Соглашение о создании зоны свободной торговли, текст Споразума са изменама из Протокола, доступан на адреси: <http://www.qgc.ru>, сајт посећен 30. 10. 2011.

23 О зонама слободне трговине видети: А. Ћирић, Зоне слободне трговине као облици међународних трговинских интеграција, „Правна ријеч“, Бања Лука, бр. 29/2011, стр. 23-43.

24 У свету постоји мноштво регионалних асоцијација, које почивају на концепту зоне слободне трговине: у Северној и Јужној Америци - Северноамеричка асоцијација слободне трговине *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*, настала 1994, затим Латинско-америчка зона слободне трговине - *The Latin American Free Trade Association (LAFTA)*, која постоји од 1960; Андска група - *Andian Group*, основана 1969; Заједничко тржиште земаља Јужног Конуса (*MERCOSUR*); Организација за економску сарадњу (*ECO*) – која делује од 1964; Асоцијација земаља Југо-Источне Азије (*ASEAN*) – делује од 1967; Економска заједница западно-афричких држава (*ECOWAS*) – основана 1975; Заједничко тржиште Источне и Јужне Африке (*COMESA*) – основано 1982. Арапске земље су формирале заједничко тржиште у

понуду производа као и избор робе са нижим ценама, док за трговачка друштва представља могућност лакшег изласка на страна тржишта.

Сагласно наведеном Споразуму ЗНД, царинске дажбине при увозу из земаља учесница се не наплаћују, а порез на додату вредност и акцизе се наплаћују по стопама, које се примењују на робу руског порекла. Протоколом о изменама и допунама Споразума (чл. 1. ст. 2, тач. 1, предвиђено је да ће стране уговорнице:

а) постепено укидати царинске дажбине, порезе и таксе, које имају еквивалентно дејство, као и количинска ограничења у међусобној трговини;

б) укидати друге препреке у односу на слободно кретање робе и услуга;

в) изградити и развијати ефикасни систем узајамних обрачуна и плаћања у трговинским и другим операцијама.

Чл. 1. ст. 5-6. тач. 1. Споразума је Протоколом дат у новој редакцији. Он предвиђа да ће стране спроводити:

а) координацију трговинске политике у односу на земље које нису учесници Споразума;

б) координацију економске политике у мери која је нужна за постизање циљева Споразума (у области индустрије, пољопривреде, транспорта, финансија, инвестиција, социалне сфере, развоја лојалне конкуренције и т.д.);

в) подршку међугранској и унутаргранској кооперацији и научно-техничкој сарадњи;

г) хармонизацију и/или унификацију законодавства Уговорних страна у мери која је нужна ради одговарајућег ефикасног функционисања зоне слободне трговине.

3.2.3. Царинске уније ЗНД

Поред Уговора о зони слободне трговине, свакако као даљи и теснији облик интеграције међу државама-чланицама је успостављање царинских унија између држава-чланица ЗНД. До царинске уније на нивоу читаве Организације још увек није дошло, али је овај облик трговинске интеграције остварен између њених појединих чланица. Први споразум те врсте закључиле су Русија и Белорусија.²⁵ Стране су закључиле Споразум на начелима општеприхваћених

оквиру Лиге арапских држава. У Европи су карактеристичне зоне *EFTA* (*European Free Trade Association*), затим ЦЕФТА (*Central European Free Trade Agreement*), потом Балтичке зоне слободне трговине - *The Baltic Free Trade Area (BAFTA)* између Естоније, Латве и Литваније, која је престала да постоји пријемом ових држава у Европску унију, 1. маја 2004. Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_free_trade_agreements, сајт посећен 5. 7. 2011. О појединим регионалним асоцијацијама видети: А. Ђирић, Међународно трговинско право, Општи део, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2010, стр. 359-464.

²⁵ Соглашение о таможенном союзе между Российской Федерацией и Республики Беларусь и протокол о введении режима свободной торговли без иыгътия и ограничений между РФ и Белорусь. Видети: <http://www.sng.allbusiness.ru>, сајт посећен 31. 10. 2011.

међународних норми у трговинским и привредним односима, орјентишући се на правила Општег споразума о царини и трговини, као и на право Светске трговинске организације - *GATT/WTO*. Стратешки циљ закључења Споразума је наставак реализације Уговора о успостављању Економске уније СНГ, фазним формирањем Царинске уније. Чланом 1. Споразума, Стране су предвиделе непосредне циљеве и начела функционисања Царинске уније:

а) успостављање јединствене царинске територије држава учесница Уније, тако што ће се:

аа) укинути у међусобној трговини робом пореклом са тих територија, царинске дажбине, порези, таксе са еквивалентним дејством, као и количинска ограничења;

бб) у односима са трећим државама успоставити јединствен трговински режим, уз примену јединствене царинске тарифе и мера нетарифног регулационог спољне трговине;

вв) формирати механизми узајамних односа Царинске уније са трећим државама и међународним организацијама на основу норми Споразума међу Странама о јединственом поретку регулационог спољнотрговинске делатности од 12 априла 1994;

б) обезбедити истоврсни тип механизма регулационог привреде, заснован на тржишним принципима привређивања и унификованом законодавству.

Предвиђене су две етапе у изградњи Царинске уније (чл. 2. Споразума).

Права етапа обухвата практичну примену механизма функционисања Споразума о оснивању зоне слободне трговине из 1994, и, пре свега, укидање тарифних и количинских ограничења у међусобним трговинским односима. Поред тога, Стране су се обавезале да, у року од 4 месеца од дана потписивања Споразума спроведу унификацију царинског, валутно-финансијског, пореског и другог законодавства, из сфере спољнотрговинске делатности, укључујући: политику цена; валутну регулативу и контролу; нелојалну конкуренцију и ограничавање пословне праксе; интелектуалну својину и др.

Друга етапа подразумева успешну реализацију претходне и обухвата успостављање јединствене царинске територије, решавање питања о међународном субјективитету Царинске уније, као и статусу важећих међународних споразума.

На основама претходног Споразума Русије и Белорусије, исте године потписан је и Уговор о оснивању Царинске уније између Белорусије, Казахстана и Русије, којој је касније приступио и Киргистан.²⁶ Уговорне стране су се, у намери да продуже реализацију Уговора о успостављању Економске уније од 24. септембра 1993. године, споразумеле о формирању Царинске уније. Чланом 1. Споразума је предвиђено да ће циљеви и начела, механизми и етапе формирања, начин функционисања, утврђивање царинских дажбина, пореза и такси,

²⁶ Соглашение о таможенном союзе СНГ 1995, <http://www.sng.allbusiness.ru>

услови привремених ограничења и царинске контроле у Царинској унији бити опредељени на основу Споразума између Руске Федерације и Републике Белорусије од 6. јануара 1995.

Споразум у чл. 5. предвиђа да се њиме не дира у права било које од уговорних страна на доношење мера на које су оне овлашћене својим националним законодавством и међународним правом, у циљу заштите државне безбедности, друштвеног поретка, здравља, културно-историјског наслеђа својих народа, заштите флоре и фауне.

3.2.4. Царинска унија и Јединствен економски простор ЗНД

Уговор о Царинској унији и јединственом економском простору ЗНД 26. фебруара 1999. године су потписале: Белорусија; Казахстан; Киргистан; Русија и Таджикистан.²⁷

Стране уговорнице су, полазећи од начела садржаних у Повељи Уједињених нација, Статута Заједнице Независних Држава, Уговора о оснивању Економске заједнице ЗНД од 24. септембра 1993. године, норми и принципа међународног права, уз уважавање суверенитета и територијалне целовитости држава, уз тежњу Страна за стицање чланства у Светској трговинској организацији, решене су да заврше процес формирања Царинске уније и Јединствене (Заједничке) економске територије (Единое экономическое пространство - ЕЭП), која је Уговором дефинисана (чл. 1.), као простор који се састоји од територија земаља уговорница, на коме функционишу истородни механизми регулисања привреде, који су засновани на тржишним принципима и примени хармонизованих правних норми у условима постојања јединствене инфраструктуре праћена установљена на основама усаглашене пореске, новчано-кредитне, валутно-финансијске, трговинске и царинске политике, које обезбеђују слободу кретања робе, услуга, капитала и радне снаге.

Под царинском територијом подразумева се простор формиран од царинских територија Страна на коме се примењује Заједничка царинска тарифа, јединствене мере нетарифног регулисања, унификована царинска правила, уз јединствено управљање царинским службама и уз укидање царинске контроле на царинским границама Уговорница.

На напред наведеним основама, Стране су преузеле обавезу да заврше формирање Царинске уније и да успоставе Заједнички економски простор, чији су циљеви усредсређени на ефикасно функционисање заједничког (унутрашњег) тржишта робе, услуга, капитала и рада, уз повећање животног стандарда становништва. Царинска унија треба да обезбеди и стварање заједничког система мера државне подршке развоју приоритетних грана привреде, производне и научно-техничке кооперације.

²⁷ Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве, Уговор је ступио на снагу 2. 7. 2001, Видети: http://www.sng.allbusiness.ru/content/document_r,

Структурално посматрано, Уговор уређује питање Царинске уније у прве три главе, док је Глава *IV* посвећена успостављању Јединственог (Заједничког) економског простора, који води на пут структуралног преображаја привреда држава учесница, уз успостављање повољне инвестиционе климе, пружање високоефективне производње, спровођење усаглашене антимонополске, пореске и финансијске политике, као и стварање услова за успостављање лојалне конкуренције (чл. 25.).²⁸ Успостављање Заједничког економског простора, инаугурисано Уговором од 26. фебруара 1999. године, је процес који је настављен.

Један од најзначајнијих корака у том смислу је потписивање Уговора о оснивању Евроазијске економске заједнице од 10. октобра 2000. године,²⁹ између Белорусије, Казахстана, Киргистана, Руске Федерације и Таџикистана. Циљеви и задаци Заједнице су предвиђени чл. 2. Споразума, од којих се посебно истиче ефикасно покретање поступка оснивања Царинске уније међу странама и Јединствене економске територије. Тако је 19. септембра 2003. године на Јалти између Белорусије, Казахстана, Русије и Украјине³⁰, потписан посебан Споразум о формирању Јединственог (Заједничког) економског простора. Саставни део Споразума је и Концепција о формирању Заједничког економског простора (ЗЕП).³¹ Правну основу за формирање и функционисање ЗЕП чине одлуке његових органа, међународни уговори закључени у складу са општим принципима међународног права (чл. 6. Споразума).

Концепција је посебан програм мера за формирање ЗЕП држава учесница Споразума. Реч је о економском простору који обједињава царинске територије свих уговорница, на коме функционишу механизми уређивања привреде засновани на јединственим начелима, која обезбеђују слободно кретање робе, услуга, капитала и радне снаге, уз спровођење јединствене спољнотрговинске економске политике и равноправне конкуренције. Циљ свих тих мера је успостављање макроекономске стабилности, као и заједничке пореске, новчано-кредитне и валутно-финансијске политике.

Почетак функционисања ЗЕП се, за територије Русије, Белорусије и Казахстана, очекује у јануару 2012. године, а у пуном капацитету интеграциони споразуми би требало да почну да се примењују од јула исте године.

Значајан датум на путу успостављања функционисања ЗЕП је доношење Стратегије економског развоја Заједнице Независних Држава до 2020. године,

28 http://www.sng.allbusiness.ru/BPravo/DocumShow_DocumID_70457.htm

29 Договор об учреждении Евроазиатского экономического сообщества, текст на руском језику, видети: <http://www.evrazes.com/docs/view/3>

30 Украјина је потписала Споразум уз резерву следеће садржине: „Украјина ће учествовати у формирању и функционисању ЗЕП у границама сагласно Уставу Украјине“.

31 Соглашение о формировании Единого экономического пространства, Ялта, 19 сентября 2003. текст Споразума и Концепције, на руском језику, видети на адреси: <http://www.customs-code.ru/otdelstran/197-edekonprost/2079>, сајт посећен 31. 10. 2011.

коју је 18. октобра 2011. године, потписало осам држава њених чланица – Русија, Украјина, Белорусија, Казхстан, Јерменија, Киргистан Молдавија и Таџикистан.

5. Закључак

Протеклих двадесет година ЗНД карактерише фаза њеног настанка на рушевинама велике империје какав је био Совјетски Савез, преко билатералне и мултилатералне сарадње њених држава чланица, до озбиљних интегративних процеса у којима се појављују и елементи наднационалног карактера. Највиши степен интеграције између чланица ЗНД је остварен Савезом између Русије и Белорусије. Успостављено је заједничко тржиште, јединствен привредни простор са слободним прометом робе, услуга, капитала, радне снаге. Формирани су јединствени енергетски и транспортни системи, а предузете су и значајне мере на унификацији финансијског система. Савез има за циљ успостављање обједињеног политичког, економског, војног, царинског, валутног, правног, хуманитарног и културног простора.

Темељ шире међусобне привредне сарадње држава-чланица ЗНД, ударен је потписивањем Уговора о оснивању Економске уније ЗНД. Он је, између осталог, и резултат сазнања да су међусобна удаљавања и отуђеност, која је водила до самоизолације и распада традиционалних привредних веза између ранијих република јединствене државе, узрок тешкоћа и кризе у свим новонасталим независним државама. У дводеценијској пракси се је показало да је Уговор о Економској унији имао значај полазне трасе за изградњу читаве инфраструктуре и заокруженог механизма конкретних оперативних мера. На тој основи су у току двадесетогодишњег постојања Организације, предузимани напори различитог карактера у циљу успостављања како двостране, тако и вишестране привредне сарадње између земаља ЗНД. Закључени су вишестрани споразуми о царинској унији, о поступку транзита, о координацији у функционисању железничког транспорта, о међудржавним односима у области енергетике, о мерама заштите индустријске својине, о општим условима испоруке робе, о размени информација економског карактера, о принципима зближавања привредног законодавства и др.

Најзначајнији орган за Економску унију је Међудржавни економски комитет (МЕК), као првенац наднационалне структуре, који у односу на нека питања може доносити одлуке које су чланице Заједнице дужне извршити.

Неспорно је да је важна фаза у еволуирању трговинске и привредне сарадње на нивоу ЗНД, започела 1994. године, када је потписан Споразум о оснивању зоне слободне трговине.

Поред Уговора о зони слободне трговине, као ближи облик интеграције, је успостављање царинских унија између држава-чланица ЗНД. До царинске уније на нивоу читаве Организације још увек није дошло, али је овај облик трговинске интеграције остварен између њених појединих чланица. Први споразум те врсте

закључиле су Русија и Белорусија, а касније је потписан је и Уговор о оснивању Царинске уније између Белорусије, Казахстана и Русије, уз накнадни приступ Киргистана. Предвиђене су две етапе у изградњи Царинске уније Заједнице.

Права етапа подразумева укидање тарифних и количинских ограничења у међусобним трговинским односима, уз спровођење унификације царинског, валутно-финансијског, пореског и другог законодавства, из сфере спољнотрговинске делатности, укључујући: политику цена; валутну регулативу и контролу; нелојалну конкуренцију и ограничавање пословне праксе; интелектуалну својину и др.

Друга етапа тежи успешној реализацији претходне и обухвата успостављање јединствене царинске територије, решавање питања о међународном субјективитету Царинске уније, као и о статусу важећих међународних споразума.

Поред формирања Царинске уније, планира се и успостављање Заједничког економског простора, чији су циљеви усредсређени на ефикасно функционисање заједничког (унутрашњег) тржишта робе, услуга, капитала и рада, уз повећање животног стандарда становништва. Царинска унија треба да обезбеди и стварање заједничког система мера државне подршке развоју приоритетних грана привреде, производне и научно-техничке кооперације. Закључак је да је један од најзначајнијих корака у том смислу и потписивање Уговора о оснивању Евроазијске економске заједнице (ЕЕЗ) из 2000. године, између Белорусије, Казахстана, Киргистана, Руске Федерације и Таџикистана.

Веома важну фазу у развоју ЗНД чини Споразум о формирању Јединственог (Заједничког) економског простора (ЗЕП) из 2003. године, који је потписан на Јалти између Белорусије, Казахстана, Русије и Украјине. Реч је о економском простору који обједињава царинске територије свих уговорница, на коме функционишу механизми уређивања привреде засновани на јединственим начелима, која обезбеђују слободно кретање робе, услуга, капитала и радне снаге. Циљ свих тих мера је макроекономска стабилност, и заједничка пореска, новчано-кредитна и валутно-финансијска политика. Саставни део Споразума је и Концепција о формирању Заједничког економског простора. **Концепција је посебан** програм мера за формирање ЗЕП држава учесница Споразума.

Почетак функционисања ЗЕП се, за територије Русије, Белорусије и Казахстана, очекује у јануару 2012. године, а у пуном капацитету интеграциони споразуми би требало да почну да се примењују од јула исте године.

Значајан датум на путу успостављања функционисања ЗЕП је доношење Стратегије економског развоја Заједнице Независних Држава до 2020. године, коју је 18. октобра 2011. године, потписало осам држава њених чланица – Русија, Украјина, Белорусија, Казхстан, Јерменија, Киргистан Молдавија и Таџикистан.

Значај постојања и деловања Заједнице посебно су наглашени оснивањем **Евроазијске економске заједнице - ЕЕЗ**, као и рађањем и имплементацијом идеје о оснивању **Евроазијске Уније**, чија је претеча и оквир управо ЗНД.

На самом крају, може се закључити да је Заједница Независних Држава, за досадашњих 20 година показивала стални еволутивни напредак и играла је улогу координационог механизма међудржавне интеграције и сарадње на политичком, трговинско-привредном, културном, хуманитарном и другим областима.

Тенденције даљег развоја ЗНД су изражене у Концепције Заједнице из 2007. године, која представља својеврстан програм приоритета у реализацији њених надлежности, усмерених пре свега на успостављање интегрисаног привредног и политичког простора заинтересованих држава.

Нове перспективе развоја ЗНД у сектору привредно-трговинских односа се заснивају на окончању формирања и потпуног функционисања зоне слободне трговине у границама ЗНД, сагласно нормама Светске Трговинске Организације. Истовремено са тим процесом, се планира изградња ефикасног система плаћања у узајамној трговини и, перспективно, успостављање интегрисаног девизног и валутног тржишта. Поред тога, за државе чланице је од највећег интереса и зближавање правних и трговинских норми привређивања њихових компанија, успостављање и развој хармонизоване нормативне основе, на подлози међудржавних стандарда. Уједначавање привредног законодавства се реализује сагласно закљученим споразумима између појединих земаља о одговарајућим проблемима, као и о споразумима у оквиру ЗНД. Сви такви споразуми имају приоритет у примени у односу на изворе права националних законодавстава.

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

ECONOMIC AND LEGAL ASPECTS OF THE TWENTIETH FUNCTIONING OF THE COMMONWEALTH OF INDEPENDENT STATES (CIS)³²

Summary

On the occasion of the twenty years since the founding of the Commonwealth of Independent States, the author of the article analyses its formation, organizational aspects and the functioning of the Community, especially in the field of trade cooperation and harmonization and unification of legal sources between Member States. Special attention is dedicated to integration processes, forms and characteristics of economic cooperation at the level of Member States of the organization, as well as the legal regulation of trade relations. In that part research is conducted on the CIS Economic Union and the emergence of supranational elements of its authorities. The author has discussed the matter of free trade zones, customs unions, the Eurasian Economic Community, CIS Common Economic Space and other forms of trade and economic integration. On the grounds of the Community Economic Development Strategy to 2020, in the central part of the article and in its conclusion the author deals with further development tendencies, primarily the organization and operation of the system of trade and economic integration in the CIS level.

Key words: *The Commonwealth of Independent States (CIS); The CIS Economic union; The CIS free trade zone; The CIS Customs Union; The Eurasian Economic Community; The CIS single economic space; The CIS Economic development strategy.*

³² This article is the result of research on the Project of the Faculty of Law, University of Niš, No. 179046, financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

СУЗБИЈАЊЕ НАСИЉА НАД ЖЕНАМА ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ САВЕТА ЕВРОПЕ О СПРЕЧАВАЊУ И БОРБИ ПРОТИВ НАСИЉА НАД ЖЕНАМА И НАСИЉА У ПОРОДИЦИ¹

Апстракт: Јачање система заштите и сузбијања насиља над женама последњих година постаје све интензивније на међународном и националном плану.

У раду је анализирано неколико најзначајнијих одредби Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (април 2011.), првог међународно обавезујућег инструмента, који, поред јасних обавеза за државе потписнице да унапређују систем заштите жртава насиља и законодавни оквир за строжације кажњавање извршилаца, успоставља и предвиђа механизме за остваривање ових права. Стандарди заштите наведени у Конвенцији пружају државама чланицама непогрешив путоказ и смернице за даљи развој и унапређење националних законодавстава.

Кључне речи: насиље над женама, насиље у породици, европски стандарди, заштита жртава насиља.

Уводне напомене

Породично насиље дуго није било третирано као кршење људских права и нису се могли користити међународни документи или механизми на основу којих би могла бити обезбеђена адекватна правна заштита на националном и/или међународном нивоу. Дефиниција насиља у породици као недозвољеног акта чији су извршиоци редовно приватна лица, водила је закључку да се оно искључиво везује за оквире унутрашњег права. Држава и њене институције нису имале директно учешће у породичним односима и самим тим заштита од породичног насиља није могла бити предмет разматрања у међународним документима. Међутим, последњих година на међународном плану посебне

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

конвенције, декларације и планови акције посвећене разматрању ове друштвено веома значајне појаве, стварају стандарде поступања у националним оквирима, што треба да доведе до сузбијања и искорењивања насиља над женама као најтежег облика деградације и дискриминације жена. На националном плану, поред измена у породичном и кривичноправном законодавству и усклађивања са међународним стандардима за заштиту жена од насиља, у Републици Србији су донете Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности (2009.) и Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима (2011.) као веома значајни стратешки документи и политичке смернице за деловање државних органа и институција у сузбијању насиља над женама.

Почев од 1990. године Савет Европе, посебно његов Управни Одбор за равноправност између жена и мушкараца (*Steering Committee for Equality between Women and Men (CDEG)*), преузео је низ иницијатива за промовисање заштите жена од насиља. Године 1993. трећа Европска Министарска Конференција о равноправности између жена и мушкараца (*The 3rd European Ministerial Conference on Equality between Women and Men*) била је посвећена *Стратегијама за елиминацију насиља према женама у друштву: медији и друга средства (Strategies for the elimination of violence against women in society: the media and other means)*. Најважнији референтни текст за борбу против насиља према женама представља Препорука Комитета министара земаља чланица Савета Европе (Rec (2002)5) (*Council of Europe Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers*). У овом документу по први пут се предлаже комплетна стратегија за превенцију насиља према женама и заштиту жртава у свим земљама чланицама Савета Европе. Примена Препоруке редовно се прати помоћу оквира за мониторинг којим се процењује напредак у имплементацији.

Нови подстицај искорењивању насиља према женама дат је на Трећем састанку чланица Савета Европе у Варшави (Third Summit, Warsaw, 16-17 May 2005), када је одлучено да се спроведе масовна кампања за борбу против насиља над женама, коју би пратила Радна група СЕ за борбу против насиља према женама и насиља у породици, чији чланове поставља Генерални секретар Савета Европе. Кампања је спроведена на три нивоа: међудржавном, парламентарном и локалном. Од земаља чланица се тражило да постигну значајни напредак у четири главне области: правним и политичким мерама, подршци и заштити жртава, сакупљању података и подизању свести. Оне су такође биле позване да спроведу националне кампање којима се лобира за јачу имплементацију.

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истамбул, 11.5.2011. године у даљем тексту Конвенција)² представља веома важан међународни документ који посебно

² Gendernet.rs/files/dokumenta/.../CAHVIO__srpski.pdf У образложењу Конвенције, које је дао Комитет министара (4.4.2011), наведено је да су основу за доношење

пажњу поклања дефинисању насиља над женама као родно заснованог насиља и указивању на неопходност координираног деловања институција система које у својој надлежности имају рад са женама жртвама насиља, посебно насиља у породици. Утемељена на Препоруци [Rec \(2002\)5](#) о заштити жена од насиља, Конвенција одређује, по први пут у Европи, обавезујуће стандарде за заштиту од насиља према женама и од насиља у породици, за заштиту жртва и кажњавање починилаца. Она даје оквир за искорењивање насиља према женама у ширем контексту постизања стварне равноправности између жена и мушкараца и тако значајно помаже препознавању насиља према женама као облика дискриминације.

Конвенције представљала раније донета документа: Конвенција за заштиту људских права и фундаменталних слобода (*The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) (ETS Br. 5, 1950) и њени Протокола, Европска социјална повеља (*The European Social Charter*) (ETS Br. 35, 1961, ревидирана 1996. године, ETS Br. 163), Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима (*The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*) (ETS No. 197, 2005), Конвенција Савета Европе за заштиту деце од сексуалне експлоатације и сексуалне злоупотребе (*The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*) (ETS Br. 201, 2007); препоруке Одбора министара држава чланица Савета Европе: Препорука [Rec\(2002\)5](#) о заштити жена од насиља, Препорука [CM/Rec\(2007\)17](#) о стандардима и механизмима родне равноправности, Препорука [CM/Rec\(2010\)10](#) о улози жена и мушкараца у превенцији и решавању конфликта и у грађењу мира. Такође су узети у обзир: Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*The International Covenant on Civil and Political Rights*) (1966), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) (1966), Конвенција УН о елиминацији свих облика дискриминације према женама (*The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) (CEDAW, 1979) и њен Опциони протокол (1999), Општа препорука бр.19 Одбора CEDAW за насиље према женама, Конвенција УН о правима деце (*The United Nations Convention on the Rights of the Child*) (1989) и њени Опциони протоколи (2000), Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом (2006); Римски статут Међународног кривичног суда (2002). Такође су узети у обзир документи Парламентарне Скупштине, посебно Резолуција 1247 (2001) о женском гениталном осакаћивању, Резолуција 1582 (2002) о насиљу у породици, Резолуција 1327 (2003) о такозваним “злочинима из части”, Препорука 1723 (2005) о присилним браковима и браковима деце, Препорука 1777 (2007) о сексуалним физичким нападима који су у вези са „date-rape drugs” (дрогама које се кришом дају на састанку, после чега жртва буде сексуално злостављана или силована), Резолуција 1654 (2009) о убиству жена и Резолуција 1691 (2009) о силовању жена, укључујући силовање у браку. www.gendernet.rs/files/dokumenta/Domaci/CAHVIO_tekst-pdf.pdf приступ30.10.2011.

1. Основни циљеви и сврха Конвенције

Већ у самом Уводу образложења Конвенције констатује се да је насиље према женама, укључујући и насиље у породици, један од најозбиљнијих облика родно базираног кршења људских права у Европи, али је, нажалост, још увек обавијено тишином. Насиље према деци и старијим особама у оквиру породице такође је скривен феномен који погађа велики број породица, што значи да не би требало да буде игнорисан и непримећен. Према анкетама за мерење обима насиља према женама, којих има у неким државама, једна петина до једне четвртине свих жена искусило је физичко насиље бар једном у животу, док је више од једне десетине жена искусило сексуалано насиље које укључује употребу силе. Већину насилних деликата изврше мушкарци према женама и то су њихови партнери и ранији партнери. Наведене констатације потврђене су анкетама о виктимизацији и бројним истраживањима насиља према женама и насиља у породици, која су последњих десет година спроведена у низу земаља у свету.

Из одредби Конвенције и образложења Комитета министара произилази да је кључни елемент превенције насиља према женама равноправност између жена и мушкараца *de jure i de facto*. Насиље према женама се препознаје као манифестација историјски неравноправних односа моћи између жена и мушкараца, који су водили ка доминацији и дискриминацији жена од стране мушкараца и спречавању пуног напретка жена. Ради се о родно базираном насиљу и једном од суштински важних друштвених механизма због којег су жене присиљене на подређен положај у поређењу са мушкарцима. Забрињава чињеница да су жене и девојчице често изложене озбиљним облицима насиља као што је насиље у породици, сексуално узнемиравање, силовање, присилни бракови, кривична дела која су почињена у име тзв. „части” и генитална мутилација, који представљају озбиљно кршење људских права жена и девојчица и велику препреку постизању равноправности између жена и мушкараца. За време оружаних сукоба стална кршења људских права погађају цивилно становништво, посебно жене јер се испољавају у облику широко распрострањеног силовања и осталих облика сексуалног насиља.

У образложењу Конвенције се такође наглашава да су жене и девојчице изложене већем ризику од родно базираног насиља, да су жртве насиље у породици су најчешће жене, али да и мушкарци могу бити жртве овог облика насиља; да су непосредне жртве насиља у породици су и деца, али она могу бити и посредне жртве када присуствују насиљу у породици између родитеља и да свакако треба тежити стварању Европе без насиља према женама и насиља у породици.

Основни циљеви Конвенције, садржани у Првом поглављу Конвенције и , објашњењу Савета министара, формулисани су у више сегмената и конкретних задатака:

а. заштита жене од свих облика насиља, и да спречи, кривично гони и елиминира насиље према женама и насиље у породици;

б. елиминација свих облика дискриминације према женама и промовише стварну равноправност између жена и мушкараца, укључујући и оснаживање жена;

ц. дизајнирање комплетног оквира, политике и мера за заштиту и помоћ свим жртвама насиља према женама и насиља у породици;

д. промовисање међународне сарадње са циљем елиминисања насиља према женама и насиља у породици;

е. обезбеђивање подршке и помоћи организацијама и агенцијама за спровођење закона да делотворно сарађују да би се усвојио интегрисани приступ елиминисању насиља према женама и насиља у породици.

ф. успостављање механизма за праћење примене Конвенције.

Остваривање наведених циљева и сврхе Конвенције повезано је са специфичним механизмом мониторинга који се спроводи ради имплементације одредби Конвенције од стране држава чланица Савета Европе.

2. Дефинисање основних појмова

У Конвенцији су формулисане дефиниције основних појмова везаних за сузбијање насиља према женама и насиља у породици као родно заснованог насиља. Конвенција се у погледу дефинисања **дискриминација према женама** позива на CEDAW Конвенцију, која дефинише дискриминацију према женама као „ сваку разлику, искључивање односно забрану која настаје на основу пола у циљу или сврху повреде односно поништавање признања, уживања односно коришћења, независно од брачног статуса, на основу принципа једнакости између жена и мушкараца, људских права и основних слобода жена у области политике, економије, друштва, културе, грађанског друштва односно у било којој другој области“.³

Као основ за дискриминацију у Конвенцији се наводи: пол, род, раса, боја коже, језик, вероисповест, рођење, сексуална оријентација, родни идентитет, узраст, здравствено стање, инвалидитет, брачни статус, статус мигранта или избеглице или други статус, политичко или друго мишљење, национално или друштвено порекло, припадност националној мањини, имовина (чл. 4 Конвенције). Дискриминација против одређених група жртава још увек је широко распрострањена у Европи. Жене могу да буду дискриминисане од стране

³ Чл. 1 CEDAW Конвенције о укидању свих облика дискриминације жена, www.sostelefon.org.rs/.../15

органа унутрашњих послова приликом пријављивања родно заснованог насиља. Одређене групе лица (трансродне и транссексуалне особе, трансвестити и друге особе које не одговарају ономе што је друштво установило као оно што припада „мушким” и „женским” категоријама) могу такође доживети дискриминацију по основу свог родног идентитета, што значи да род са којим се идентификују није у складу са полом који добијају рођењем. Осим тога, жене мигранти и избеглице могу такође бити искључене из служби подршке жртвама због свог боравишног статуса. Важно је истаћи да, такође, постоји тенденција да жене доживљавају вишеструке облике дискриминације, као што су жене са инвалидитетом или/и жене из националних мањина, Ромкиње, или жене са ХИВ-ом и АИДС-ом.⁴

У погледу дефинисања насиља према женама и насиља у породици потврђено је да се насиље према женама и насиље у породици могу објаснити и разумети на различите начине на структурном, групном и индивидуалном нивоу и да су насиље према женама и насиље у породици комплексни феномени и неопходно је користити различите приступе који су у комбинацији једни са другим да би се ти феномени разумели. Дефиниција „насиља према женама“ је шире постављена као кршење људских права и облик дискриминације био да се дешава у јавном или приватном животу. При томе, се има у виду дефиниција дата у Препоруци Комитета министара земаља чланица Савета Европе о заштити жена од насиља Rec (2002) 5⁵, Општој Препоруци Бр. 19 одбора CEDAW о насиљу

4 Свака мера која се предузме са циљем спречавања и борбе против насиља према женама треба да промовише равноправност између жена и мушкараца јер ће једино стварна равноправност спречити такво насиље у будућности. Код пресуде у случају *Opuz v. Turkey, 2009 (Application no 3340/02)* Европски суд за људска права размотрио је међусобну повезаност између дискриминације и насиља према женама и сматрао да је родно базирано насиље облик дискриминације зато што углавном погађа жене, а жене нису равноправно заштићене законом (одредба 49 Конвенције). Суд је усвојио обавезу дужне прилежности (*due diligence*) и установио да обавеза заштите права на живот (члан 2 ECHR) захтева да државе обезбеде да се њени органи, званичници, агенти, институције и други актери који иступају у име државе уздрже од дела насиља над женама. Државе чланице су обавезне на спровођење дужне прилежности у вези са делима обухваћеним Конвенцијом и почињеним од стране недржавних актера. Држава је одговорна у оба случаја ако дође до кршења прописа.

5 У Препоруци Комитета министара земаља чланица Савета Европе о заштити жена од насиља (*Recommendation Rec (2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence*) потврђује се да је насиље према женама резултат неједнакости моћи између мушкараца и жена, да води ка озбиљној дискриминацији у односу на женски пол, унутар друштва и породице и да крши, оштећује или укида уживање њихових људских права и основних слобода. У Препоруци се „насиље према женама“ дефинише као свако дело насиља засновано на родно/полној основи, које има или може имати за последицу физичку, сексуалну или психолошку повреду или патњу жена, укључујући претње таквим делима, присиљавање или одузимање слободе, без обзира да ли се то догађа у јавном или приватном животу. Наведени су, али не лимитирано, облици испољавања насиља: насиље које се догађа у породици или домаћинству, укључујући физичку и менталну агресију, емоционално и психолошко злостављање, силовање и сексуално злостављање, инцест,

према женама (1992), као и чл. 1 Декларације УН о елиминацији свих облика насиља према женама. С обзиром на чињеницу да жене доживљавају родно базирано насиље, укључујући насиље у породици, у значајно већем обиму од мушкараца, сасвим је оправдано да постоје посебне мере које се примењују само према женским жртвама.

Дефиниција „насиље у породици“ у Конвенцији је родно неутрална јер обухвата жртве и извршиоце оба пола. У складу са овом дефиницијом насиље у породици се односи на све облике физичког, сексуалног, психолошког или економског насиља које се дешава у породици или домаћинству између бивших или садашњих супружника или партнера, без обзира на то да ли учинилац дели или је делио место становања са жртвом. Насиље у породици обухвата углавном два типа насиља: насиље између партнера, садашњег или бившег супружника или партнера, или међугенерациско насиље које се јавља између родитеља и деце. Међутим, иако је дефиниција насиља у породици формулисана као родно неутрална, ипак је констатовано да ово насиље могађа жене несразмерно у односу на мушкарце и да је зато базирано на роду. Иако значење употребљеног термина „насиље у породици“ (*domestic violence*) ограничава контекст места где се такво насиље дешава, према тексту Конвенције, не значи да породично насиље постоји само ако је очувана заједница живота. С обзиром на то да се насиље у породици манифестује у већем обиму тек после престанка заједнице живота и наставља се по завршетку брака или партнерства, уопште није неопходно да постоји заједничко место боравка жртве и извршиоца у моменту дешавања насиља.⁶ Међугенерациско насиље обухвата физичко, сексуално, психолошко и економско насиље између деце и родитеља (насиље према деци, насиље према старима) без обзира на то да ли између њих постоји заједничко место боравка жртве и извршиоца.

силовање међу супружницима, сталним или повременим партнерима и укућанима, злочине почињене у име части, генитална сакаћења жена и остали традиционални обичаји штетни за жене, ако што су присилни бракови; насиље које се догађа у заједници, укључујући силовање, сексуално злостављање, сексуално малтретирање и застрашивање на послу, трговина женама у сврху сексуалног искоришћавања, економског искоришћавања и секс-туризма; насиље почињено или одобрено од стране државе или њених представника/службеника; кршење људских права жена у ситуацијама ратног конфликта, посебно узимање за таоце, прогон, системско силовање, сексуално ропство, присилна трудноћа, трговина у сврху сексуалне и економске експлоатације.

6 Ова одредба Конвенције посебно је значајна за српско кривично законодавство јер је важећим Кривичним закоником приликом одређивања круга лица која се сматрају „члановима породице“, а у вези са кривичним делом насиља у породици (чл.194 КЗ), предвиђено да се члановима породице сматрају и бивши супружници и њихова деца ако живе у заједничком домаћинству (чл.112 тач.28 КЗ РС „Службени гласник РС“ бр.85/2005, 88/2005, 107/2005 и 72/2009).

Приликом дефинисања термина „род“ објашњавају се друштвено конструисане улоге, понашања, активности и особине које одређено друштво сматра одговарајућим за жене и мушкарце. Стереотипи који постоје у друштву доводе до тога да друштво прихвата постојање насиља према женама као део њихове приватности. Због тога се у Конвенцији (чл.12) поставља оквир за искорењивање предрасуда, обичаја, традиција и других пракси које се базирају на идеји инфериорности жена или на стереотипним родним улогама као општу обавезу за спречавање насиља. У Конвенцији се захтева родно разумевање насиља према женама и насиља у породици јер је то основа за предузимање свих мера заштите и подршке жртвама. То значи да је за адекватну реакцију неопходно да наведени облици насиља треба буду сагледани у контексту неравноправности између жена и мушкараца, постојећих стереотипа, родних улога и дискриминације према женама.

Приликом дефинисања „*родно базираног насиља према женама*“ полази се од тога да се овај облик насиља разликује од других због тога што је род жртве првенствени мотив за извршена дела насиља. Насиље је у овом случају усмерено против жене због тога што је жена и погађа је несразмерно више у односу на мушкарце. Родно базирано насиље се односи на било коју повреду (неправду, штету) која се наноси жени, а која је резултат неједнаких односа моћи заснованих на разликама између жена и мушкараца и подређеног статуса жена у приватној и јавној сфери. Овај тип насиља дубоко је укоренjen у друштвеној и културној структури, нормама и вредностима које воде друштво, и често се је друштвено невидљив.⁷

У Конвенцији је садржан велики број одредби о жртвама и због тога је било важно одредити шта се подразумева под појмом „*жртве*“. У Конвенцији се објашњава да се термин „жртва“ односи на жртве насиља према женама и жртве насиља у породици и да жене, укључујући и девојчице (женске особе испод 18 година), могу бити жртве насиља према женама, док жртве насиља у породици могу обухватити мушкарце, жене и децу (особе испод 18 година).

3. Статистичко евидентирање података о насиљу над женама и насиљу у породици и механизам за праћење

У Конвенцији (чл. 11) се указује на значај прикупљања података о случајевима насиља према женама и насиља у породици и евидентирање тих случајева. У образложењу Савета министара детаљно су разрађени начини и сврха прикупљања података и истраживања. Констатовано је да превенција и борба

⁷ Израз „родно базирано насиље према женама“ у овој Конвенцији еквивалентан је изразу „родно базирано насиље“, који је употребљен у Општој препоруци Одбора CEDAW бр. 19 о насиљу према женама (1992), Декларацији о елиминацији насиља према женама Генералне Скупштине Уједињених Нација (1993) и Препоруци Rec(2002)5 Комитета министара земаља чланица Савета Европе о заштити жена од насиља (2002). Циљ употребе овог израза је заштити жена од насиља које је резултат родних стереотипа.

против насиља над женама подразумева систематско и адекватно прикупљање репрезентативних и упоредивих података у редовним временским интервалима о обиму свих облика насиља, броју жртава и учинилаца. Сви наведени подаци требало би да буду прослеђени групи независних експерата (*Group of independent experts GREVIO*) одговорних за праћење и спровођење Конвенције. Релевантни статистички подаци обухватају административне статистичке податке које прикупљају здравствене и социјалне службе, органи унутрашњих послова и невладине организације, као и судске статистике, које бележе правосудни органи и јавна тужилаштва. Административни подаци на основу услуга из службе обухватају, поред осталог, праћење учесталости обраћања жртава службама, затим како жртве насиља користе услуге, како државни органи, јавни и приватни здравствени сектор помажу жртвама у домену права, здравствене неге, саветовања, смештаја и давања подршке. Наведени подаци користе, такође, као основ за процену административног трошка таквог насиља.

У Конвенцији се наглашава и обавеза државних органа, као што су судови, полиција и службе социјалне заштите да успоставе системе података који превазилазе интерне потребе датог органа. Од њих се очекује да као минимум обавеза изврше разврставање забележених података о жртвама и учиниоцима према полу, узрасту, типу насиља, као и односу између учиниоца и жртве, географској локацији и другим факторима које државе сматрају значајним, на пример, инвалидитет и сл. Поред података о жртви, потребно је прикупити податке о проценту осуђених извршилаца свих облика насиља обухваћених Конвенцијом и броју изречених мера заштите.⁸

Од држава се такође захтева да подржавају истраживања у области насиља према женама и насиља у породици јер се борба против ових облика насиља и њихово спречавање може постићи уколико се развијају знања и врхунска истраживања у овој области. За установљавање политике супротстављања насиљу према женама и насиљу у породици, према тексту Конвенције, веома је значајно путем истраживања утврдити узроке и последице, распрострањеност и стопе осуда. Конвенција, такође, предвиђа спровођење анкете међу становништвом, које је статистички репрезентативно, на националном, регионалном и локалном нивоу, како би се дошло до важних података о овим облицима насиља, који се на други начин не могу сазнати. Анкетирањем становништва могу се прикупити поуздани подаци о искуствима жртава са насиљем, о разлозима непријављивања, добијеним услугама, као и мишљењима и ставовима жртава о таквом насиљу.

⁸ Студија Савета Европе о „Сакупљању административних података о насиљу у породици у земљама чланицама Савета Европе” (*Administrative data collection on domestic violence in Council of Europe member states, Studija EG-VEW-DC(2008)*) идентификује ове и друге категорије и представља модел приступа који садржи препоруке о прикупљању административних података, поред оних који се тренутно у пракси прикупљају.

Две врсте анкета, које се помињу у Конвенцији, административне и судске на једној страни и анкете становништва на другој страни, међусобно се разликују јер је сврха њиховог спровођења различита и одговарају на различита питања. Административне и судске анкете могу, поред осталог, допринети решавању капацитета државних органа и процењивању делотворности услуга намењених жртвама, док анкетирање становништва указује на ниво озбиљности и учесталости јављања насиља, као и на друштвено економске и културне факторе који доводе до насиља над женама и насиља у породици. Поређење статистичких података међу земљама често је немогуће спровести услед разлика које постоје у дефинисању насиља према женама и насиља у породици и због тога се у Конвенцији препоручује да државе ускладе прикупљање података са стандардизованим индикаторима и методама које већ постоје (на пример, анкета о насиљу према женама Агенције Европске Уније за фундаментална права - *The European Union Agency for Fundamental Rights*) или су у поступку израде. При томе, прикупљање, чување и трансформисање прикупљених података треба да буде у складу са стандардима заштите података из Конвенције Савета Европе о заштити лица у поступку аутоматске обраде личних података (ЕТС бр. 108 *The Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*), а у циљу обезбеђења поверљивости и поштовања приватности жртава. Државе су у обавези да прикупљене податке учине доступним јавности водећи рачуна о заштити приватности жртава насиља. За идентификацију добрих пракси, стимулисања међународне сарадње и постављање међународних стандарда, Конвенција предвиђа да се прикупљене информације достављају независној групи експерата јер је снажан и независан механизам за праћење од највећег значаја за осигурање адекватног одговора на проблем насиља.

У погледу механизма за праћење (поглавље IX Конвенције, чл.66) предвиђено је успостављање Експертске групе за борбу против насиља над женама и насиља у породици (*Group of experts on action against violence against women and domestic violence - GREVIO*) и Комитета чланица. Ова два независна тела треба да обезбеде једнако учешће свих држава чланица у поступку одлучивања и праћења примене Конвенције, као и развијање сарадње између држава чланица и између експертске групе и држава чланица. Експертска група је стручно тело састављено од независних и високо квалификованих стручњака у области људских права, родне равноправности, насиља над женама, насиља у породици, кривичног права и помоћи и заштите жртава насиља над женама и насиља у породици.⁹ Друго тело за праћење је Комитет чланица, који први пут сазива генерални секретар Савета Европе, годину дана после ступања на снагу

⁹ GREVIO чини најмање десет и највише 15 чланова које из сваке земље чланице, а на њихов предлог, бира Комитет чланица. Најважнији критеријуми за избор су „независност и стручност“.

Конвенције. Комитет чланица се састаје ради избора чланова GREVIO групе. У Конвенцији је детаљно дефинисан ток поступка праћења и комуникације између GREVIO групе и Комитета чланица.

4. Превентивно деловање, заштита и подршка, програми превентивне интервенције

У Трећем поглављу Конвенције посвећена је посебна пажња превентивним механизмима у ширем смислу.¹⁰ За ефикасно превентивно деловање неопходно је предузимање низа мера које се односе на следеће области: промена става јавности, подизање нивоа свести, превазилажење родних стереотипа, образовање, обука професионалаца, информисање, опште услуге подршке (помоћ коју нуде државни органи, социјалне службе, службе здравствене заштите, службе за запошљавање), специјализоване услуге подршке (сигурне куће, С.О.С. телефони, подршка за жртве сексуалног насиља, заштита и подршка за децу сведоке, подршка пријављивању случајева насиља).

Такође је наглашено да у превентивном деловању сви чланови друштва могу дати важан допринос и да их треба подстицати да то раде. Пошто многе облике насиља који су обухваћени делокругом Конвенције чине првенствено мушкарци и дечаци, састављачи нацрта сматрали су важним да нагласе посебну улогу ненасилних мушкараца у превенцији таквог насиља. Њихов допринос може имати различите облике, нарочито као узор ненасилног понашања, заговарања промена за успостављање једнакости између жена и мушкараца и њиховог узajамног поштовања, изјашњавања против насиља, укључивања других мушкараца у активности које промовишу родну равноправност и активно преузимање породичних обавеза и обавеза неговања деце.

Постојећи обрасци понашања жена и мушкараца углавном су под утицајем предрасуда, родних стереотипа и родно пристрасних обичаја или традиција. Због тога се у Конвенцији наводи као неопходно да државе чланице предузму све неопходне мере за промену постојећих схватања и ставова, као и да изврше одређене промене у законодавствима.¹¹

¹⁰ Уз забрану дискриминације захтева се позитивна акција како би се обезбедиле превентивне мере, које се односе на угрожена лица и њихове потребе. За потребе Конвенције, у особе које су постале угрожене услед одређених околности спадају: труднице и жене са малом децом, особе са инвалидитетом, укључујући и оне са менталним односно когнитивним оштећењима, особе које живе у руралним или удаљеним областима, корисници дроге, проститутке, особе пореклом из националне односно етничке мањине, мигранти, укључујући нерегистроване мигранте и избеглице, хомосексуалци, лезбејке, бисексуалци и транродне особе, ХИВ позитивне особе, бескућници, деца и стара лица.

¹¹ Потпуна информисаност опште јавности о различитим облицима насиља које жене свакодневно доживљавају и различитим врстама насиља у породици допринела би препознавању насиља, стварању негативног и неодобравајућег става јавности према насиљу

У оквиру чл. 14 који се односи на образовање, наглашена је потреба за израдом наставног материјала на свим ниивоима образовања (примарно, секундарно и терцијарно), који промовише принцип једнакости између жена и мушкараца, нестереотипне родне улоге, узајамно поштовање, ненасилно решавање сукоба у међуљуским односима. Велики значај има обука професионалаца (запослени у судовима, тужилаштвима, полицији, адвокатури, здравственим установама установама социјалне заштите, просвете) који су у контакту са жртвама и извршиоцима свих облика насиља. Обука би требало да се одвија као основна стручна обука и обука унутар службе и да омогући надлежним стручњацима да стекну одговарајуће способности за идентификацију и поступање у случајевима насиља у раној фази испољавања, као и да предузму одговарајуће превентивне мере за спречавање секундарне виктимизације.

Конвенцијом је предвиђена израда програма превентивне интервенције и програма за рад са учиниоцима насиља. Програми интервенције у случају насиља у породици, према тексту Конвенције, треба да се заснивају на примерима добре праксе, резултатима истраживања о најделотворнијим начинима рада са учиниоцима и да се спроводе у сарадњи са службама подршке за жене, полицијом, судовима, службама за условни отпуст, социјалним службама и службама за заштиту деце. Учешће у програмима требало би да буде одређено одлуком суда или добровољно, али не сме утицати на одлуку жртве да остане са злостављачем или да га напусти. Посебни програми се односе на лечење осуђених сексуалних преступника, односно учиниоце сексуалног злостављања и силовања, који имају за циљ спречавање рецидивизма.

Посебан значај за жртве насиља у превазилажењу вишеструких последица насиља, поновно успостављање живота без насиља и заштиту од даљег насиља, имају заштита и подршка у оквиру општих и специјализованих услуга подршке, које Конвенција предвиђа као обавезне (поглавље IV). За оба наведена облика подршке неопходно је предузимање законодавних и других мера за заштиту жртава од дела насиља обухваћених Конвенцијом и остваривање сарадње између свих релевантних државних органа, институција и организација (судство, јавни тужиоци, полиција, локалне и регионалне власти и НВО) путем протокола или других метода за стандардизовану сарадњу, као и информисање жртава о врстама помоћи и расположивим услугама. Опште услуге подршке се односе на помоћ коју нуде државни органи (службе социјалне заштите, службе здрав-

и подржавању жртава насиља. Различите су активности које могу да се предузму са овим циљем: спровођење јавних кампања, ширење информација о једнакости жена и мушкараца, нестереотипним женским улогама, ненасилном решавању међусобних сукоба, утицају које примена насиља може да има на децу у оквиру породице, информисање о мерама које предузимају владине и невладине организације на националном, регионалном и локалном нивоу и сл.

ствене заштите, службе за запошљавање) и које користе општој популацији, а не само жртвама насиља.

Специјализоване услуге подршке имају за циљ оснаживање жртва кроз оптималну подршку и помоћ прилагођену њиховим специфичним потребама (сигурне куће, СОС телефони, саветовалишта). Ове услуге треба да обављају искусни кадрови који поседују детаљно знање о родно заснованом насиљу и оне морају да буду довољно распрострањене широм земље и доступне свим жртвама. Специјализоване услуге подршке предвиђене су и за жртве сексуалног насиља, посебно силовања, у кризним центрима који могу бити основани у различитим облицима. Кризни центри могу бити опремљени и за медицинску негу, форензичку праксу високог квалитета и интервенције у кризним ситуацијама.

Специјализованим услугама подршке припада и заштита и подршка деце сведока насиља и других сведока насиља (суседи, пријатељи, чланови породице) који треба да се охрабрују да пријаве насиље.

5. Промене у материјалном кривичном праву и грађанским судским поступцима

На основу истраживања националних законодавстава о насиљу над женама и насиљу у породици, утврђено је да постоје многи недостаци како у правном нормирању тако и у фактичкој примени. Стога се у Конвенцији и образложењу Комитета министара констатује да је неопходно ојачати правну заштиту и узети примере добре праксе приликом увођења измена у законодавне системе свих држава за спречавање и борбу против таквих облика насиља. Наведено је низ кривичних дела (физичко и психичко насиље, прогањање, сексуално насиље укључујући силовање, принудни брак, генитално сакаћење жена, принудни абортус и принудна стерилизација, сексуално узнемиравање, помагање, подстрекавање и покушај вршења ових кривичних дела) која би требало да буду инкриминисана у националним законодавствима, како би дошло до усаглашавања на међународном нивоу. Као примарни циљ предузимања мера у оквиру националних кривичних законодавстава у Конвенцији је наведено усмеравање држава на политику заустављања насиља над женама и насиља у породици у Европи и свету уопште.

Санкције и мере предузете према извршиоцима кривичних дела насиља треба да буду „делотворне, сразмерне и оне које одвраћају од вршења кривичних дела“ (чл.45 Конвенције, тач. 232 образложења Конвенције). Које ће санкције бити предвиђене, остављено је државама, а као мере се наводе: праћење и надзор над осуђеним, и укидање права на родитељство, уколико то налаже најбољи

интерес детета.¹² Приликом одмеравања казне за кривична дела наведена у Конвенцији суд треба да води рачуна о следећим отежавајућим околностима:

уколико члан породице, лице које станује заједно са жртвом или лице које је злоупотребило свој ауторитет и поверење изврши кривично дело над бившим односно садашњим супружником или партнером, родитељима, децом или другим члановима породице који живе у истом домаћинству;

- ако се кривична дела наведена у Конвенцији и сродна кривична дела врше више пута током одређеног временског периода;
- уколико је кривично дело извршено над лицем које је угрожено услед одређених околности,¹³
- кривично дело које је учињено над дететом или у његовом присуству представља облик угрожавања детета и захтева нарочиту одговорност за понашање,
- кривично дело учињено у сарадњи два или више лица,
- уколико је извршено кривично дело којима претходи, односно које прати екстремно насиље; ради се о примени тешког физичког насиља, које представља озбиљну претњу по живот жртве,
- када је приликом извршења кривичног дела коришћено оружје јер употреба оружја може да доведе до озбиљног насиља и до смрти жртве,
- уколико је кривично дело имало озбиљне физичке или психичке последице по жртву, посебно ако су оне дугорочне,
- уколико је учинилац већ раније осуђиван за кривична дела сличне природе.¹⁴

Неопходно је предвидети да у грађанским судским поступцима суд има овлашћење да наложи неком лицу да престане са одређеним понашањем, уздржи се од одређеног понашања у будућности или да примора лице да предузме одређену акцију (судске забране). У погледу накнаде претрпљене штете настале извршењем кривичних дела из Конвенције предвиђена је одговорност учиниоца и његова обавеза да накнади штету. Међутим, у Конвенцији се наглашава да накнада штете може да се тражи и од осигуравајућих компанија, односно од државних програма здравственог и социјалног осигурања, када је жртва задобила озбиљне телесне повреде, када је дошло до смрти или када јој је нарушено физичко или психичко здравље. Жртва којој је хитно потребна помоћ, није у могућности да сачека исход компликованих судских поступака и због тога

¹² Контакт са насилним родитељем може да има негативан утицај на дете и да представља опасност за безбедност жртве.

¹³ Угрожена лица у смислу Конвенције наведена су у напмени бр.9.

¹⁴ Поједина кривична дела из Конвенције могу да имају транснационалну димензију, што значи да ће се приликом одмеравања казне узимати у обзир и она кривична дела која су извршена у некој другој држави и за које је постојала осуда у тој држави.

може да тражи државну накнаду. У сваком случају, уколико изврши исплату, држава има право да тражи одштету од учиниоца.

У чл. 48 Конвенције у погледу алтернативног разрешења спорова и доношења пресуда како у кривичном, тако и у грађанском поступку, наглашено је да у случајевима насиља обухваћених Конвенцијом, никако не треба примењивати обавезно алтернативно разрешење спорова, односно одређивање казне и замену судских процеса по принципу саслушања супротстављених страна, због тога што жртве насиља не могу да учествују у алтернативном разрешењу спора на истом нивоу као учиниоци. Жртве осећају беспомоћност, угроженост и страх од насилника, док учинилац има осећање моћи и доминације, што их чини потпуно неравноправним у примени алтернативног поступања. Одређивање казне се односи на новчану казну изречену учиниоцу, што може да посредно погоди жртву јер су чланови исте породице. Због тога је препорука Конвенције да се, приликом изрицања новчане казне, води рачуна да казна коју треба да плати учинилац не доведе посредно жртве до финансијских потешкоћа.

У VI поглављу Конвенције садржане су одредбе о истрази, судским поступцима, процедуралним правом и заштитом од свих облика насиља предвиђених Конвенцијом. Важно је да се обезбеде брза истрага и процеси уз поштовање права жртава током тих фаза, да се не дозволи погоршање стања жртава у судским поступцима и да им се обезбеди одговарајућа помоћ.¹⁵ Значајан део Конвенције односи се на процену ризика и управљање ризиком, односно одређивање обавезе свих надлежних органа да развију план за управљање безбедоносним ризицима са којима се суочавају жртве. Процена ризика обухвата прикупљање информација о поседовању ватреног оружја, постојању озбиљног насиља над жртвом у прошлости, ранија осуђиваност за дела насиља и др. Хитне мере заштите се предузимају у ситуацијама непосредне опасности, када је најбезбедније осигурати успостављање физичке удаљености између жртве и учиниоца. У том смислу, у Конвенцији је предвиђена могућност да надлежни органи нареде учиниоцу насиља у породици да напусти место становања жртве и да му забране контакт са жртвом.

С обзиром на то да су правосудне процедуре изузетно сложене, да су високи трошкови, а да је жртвама потребна правна помоћ да би могле на одговарајући начин да искористе своја права, у Конвенцији је предвиђена могућност пружања бесплатне правне помоћи (чл. 57 Конвенције). Свакој од

¹⁵ Тако се од полиције захтева да брзо и адекватно реагује и примени превентивне оперативне мере уз прикупљање доказа. Поштовање ове обавезе укључује: долазак полиције на место догађаја; одговарајуће поступање и давање савета жртвама; саслушање жртава без одлагања, које врше специјално обучена и према потреби женска лица у просторијама намењеним успостављању односа поверења између жртве и запосленог у полицији; обезбеђење одговарајућег броја жена запослених у полицији (чл.50 Конвенције, тач. 257 образложења Конвенције).

држава чланица је остављено да одлучи о условима за добијање бесплатне правне помоћи.

Закључне напомене

Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици представља веома важан међународни документ у коме се комбинују превенција, правно гоњење и санкције, али и заштитни механизми за спречавање насиља према женама (сви облици физичког, психичког и сексуалног насиља, генитално сакаћење жена, принудни абортус и принудна стерилизација, сексуално узнемиравање, принудни брак, прогањање) и насиља у породици (чије жртве могу да буду жене и деца, али и мушкарци). У конвенцији је предвиђен велики број процедуралних механизма који олакшавају гоњење извршилаца насиља, али, такође, разрађује превентивно деловање кроз активност удружења и невладиних организација (СОС службе, сигурне куће, саветовалишта и сл.). Конвенција ће ступити на снагу када је ратификује најмање десет земаља, од тога осам чланица Савета Европе. За потписивање Конвенција је отворена почев од 11. маја 2011. и до краја маја 2011. године потписало је 13 земаља, а ратификовала је Немачка.

Република Србија би требало што пре да изврши ратификацију Конвенције јер би то значајно допринело даљем развијању превентивне и репресивне заштите од насиља према женама и насиља у породици. Доношење Националне стратегије за побољшање положаја жена и унапређивање равноправности полова (2008-2014, јануар 2008) и Националне стратегије за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима (1. април 2011.) представља значајан напредак у подизању свести према насиљу над женама и стварању адекватних мера заштите и подршке женама жртвама насиља. С обзиром на то да је у наведеним стратегијама констатовано да је један од задатака усклађивање националног законодавства са релевантним међународним нормама и стандардима, неопходно је да се важећи закони и други прописи, после ратификације Конвенције, ускладе са одредбама Конвенције. На тај начин би се остварила свеобухватна заштита жртава насиља и обезбедила примена низа општих и специјализованих превентивних мера за сузбијање насиља над женама и насиља у породици.

Prof. Slobodanka Konstantinović - Vilić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Counteracting Violence against Women under the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence

Summary

The process of strengthening the system for the preventing and counteracting violence against women has been significantly intensified in the last couple of years both at the international and the national level. In this paper, the author analyzes some of the most significant provisions contained in the Council of Europe Conventions on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (adopted in April 2011). This is the first binding international legal instrument which has explicitly envisaged the obligation of the signatory member states to promote the system of legal protection of the victims of violence, introduce into their legislations more stringent punishment for the perpetrators of these criminal offences; it has also envisaged and laid down the mechanisms for the exercise and implementation of these rights. The protection standards contained in this Convention offer the member states some reliable signposts and guidelines for a further development and improvement of national legislations.

Key words: *violence against women, domestic violence, European standards, protection of victims of violence.*

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

UDK: 340.12:378

ЧОВЕК КАО ИСХОДИШТЕ ОПШТЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА И КРИВИЧНОПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ¹

Апстракт: *Образовање је „мост“ који омогућава континуитет вредности. Задатак правничког образовања, мора да буде усмерен на изградњу и заштиту вредности човека. Конкретно, изградњу и заштиту вредности човека можемо очекивати на пољу опште теорије права, филозофије права, етике и кривичноправне теорије. Образовање ваља да нас упути на чињеницу, да није битно само примати знање, већ и живети у складу с њим. Просуђивање човека, зависи од образовања, које мора водити оплемењивању.*

Образовање правника, мора да своју стварност ослободи од „искривљених линија“, од невредности и „кнезова овога света“. Оно мора, да створи „сигурну климу“ за делање не само правничке професије, већ и других професија.

Журба у стицању знања и несазревање, који су присутни у образовању правника, онемогућавају да се одговори на „болне“ тачке наше стварности. На те тачке, најчешће указује општа теорија права, филозофија права, правна етика и кривичноправне теорије, те се зато јавља идеја о неопходности поновног укључивања идеје човека као вредности у образовање правника. Идеја о човеку као вредности може да помогне у обнови свести правника, која је „рањена“ чистим позитивизмом. Образовањем правника, ваља одбацити „папирнати свет“ правне науке, а „приграбити“ стварност.

Кључне речи: *човек, образовање, вредност, право, правници.*

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

УВОД

Безбројне и неутемељене правне промене које је себи наша стварност допустила, довеле су до конфузије у образовању правника, које је себи дозволило „луксуз“ да се назове „савременим“, а заправо, представља само скретања и лутања у односу на узвишени разлог постојања правничке професије. Тај узвишени разлог постојања правничке професије, исти је човек као вредност и то „сам у себи“ и без икаквог условљавања², јер са човеком нема „трговине“, „преговора“ и „договора“, а томе су наклоњени морални релативизам и правни позитивизам.

Дакле, ваљало би очекивати општу обнову, „освежење“ и „прочишћење“ правничког образовања, како би се поново дошло до правог разлога школовања правника – човека као вредности.³ Ако човек као вредност буде водила препорода образовања правника, право ће постати ослонац на путу остварења вредности.⁴ Тај препород би морао да буде у правцу „очитоване истине“ у Исусовој (лат. *Jesus Christus*, грч. *Ἰησοῦς Χριστός*) етици која није одвојена од његовог живота, који је путоказ и за процес образовања.⁵ Тако постављено образовање неће бити одвојено од живота, какав је данас случај, и ту помаже хришћанска мисао, која „дарује“ етичарима, теоретичарима права, филозофима права као и кривичноправне теорије „један искорак да се не изгубе у рационалном одређивању оног што је дозвољено, а шта недозвољено...“⁶ Ова хришћанска мисао долази до нас преко „основног етичког питања“ које гласи: „Зашто чиним то што чиним?“⁷

Нико не би смео да говори о будућности правничког образовања, а особито кривичног усмерења, ако не би за њега везао бригу за људски живот, коју нам у нашој стварности „дарују“ хришћанство. Правничко образовање „проткано“ бригом за људски живот можемо означити и као „етику живота“ „јер се она бави свим питањима везаним уз људски живот, почевши од самог рађања, захвата тјеком живота и умирања“.⁸ Указивање на човека као на основну

2 L. Tomašević, *Bioetika u kršćanskoj tradiciji i sadašnjosti*, у: А. Čović (ур.), *Izazovi bioetike*, Pergamena, Zagreb, 2000, 152.

3 M. Chiodi, *Tra cielo e terra, La vita umana e il suo senso, Linee di interpretazione filosofica e teologica, a partire dal dibattito bioetico*, Cittadella, Assisi, 2002 и M. Chiodi, *Etica della vita, Le sfide della pratica e le questioni teoriche*, Glossa, Milano, 2006.

4 Pontificio Consiglio per la Famiglia, *Enciridion della Famiglia, Documenti magisteriali e pstorali su Famiglia e Vita 1965-2004*, Giovanni Paolo pp. II, *Evalgelium vitae (Lettera enciclica sul valore e l'inviolabilità della vita umana 25.3.1995)*, Centro editoriale dehonimo, Bologna, 2004, 367-494.

5 M. Vidal, *Kršćanska etika*, Karitativni fond UPT, Đakovo, 2001, 11.

6 L. Tomašević, *Bioetika u kršćanskoj tradiciji i sadašnjosti*, 151.

7 Ibid.

8 L. Tomašević, *Bioetika u kršćanskoj tradiciji i sadašnjosti*, 150.

вредност, сасвим је примерено нашем настојању да говоримо не само о праву какво јесте, већ и какво би требало да буде. На тај начин, образовање би могло да „надкрили“ јаз који стоји између јесте и треба, стварности и вредности.

Наше настојање у овом раду, није стварање приказа табеларног програма образовања правника, нити желимо да улазимо у конкретне аспекте аспекте кривичне и грађанске проблематике везане за питања вредности људског живота.⁹ Ово остављамо да следи, тек иза разрешења полазне претпоставке, а то је „повратак“ основне вредности, односно човека, у правничко образовање. Наша је намера да на један општи начин, укажемо на замке искључиво позитивистичког правничког образовања, из којег је наравно најпре искључена филозофија, филозофија права, аксиологија, етика, општа теорија права, а потом и кривичноправне теорије. Ми не обећавамо нове респоред часова и не идемо ка табеларним приказима, већ настојимо да останемо слободни и да са висина општих закључака све посматрамо „неспутаног“ погледа.

Разлог бављења овом темом налазимо и у уверењу, да долази доба настајања потпуно вредносно обновљеног и прочишћеног правничког образовања, у којем ће ваљано образовани људи постати законописци новог живота, те самим тим и образовања. Дакле, потврђује је се као тачна мисао св. Томе Аквинског (лат. *Thomas Aquinas*, итал. *Tommaso d'Aquino*) да „се сва морална сфера не може покрити правом...“¹⁰

1. „ОКОСНИЦА“ ДАНАШЊЕГ ПРАВНИЧКОГ ОБРАЗОВАЊА

Данас су присутне две изразито супротне, и по своме дејству једнако „кобне“, те дакле, у свом исходу сједињене намере правничког образовања. Оне се испољавају најпре у намери да се „прошири“ правничко образовање, и то у смислу „броја“ правника, а потом да се образовање садржински умањи, те по природи ствари „окрњи“. Према првој тежњи, ваљало би проширити „обим“ правничког сталежа, све већим бројем „свршених“ правника који излазе са правних факултета. Истовремено, том „превеликом“ броју правника нуди се „брзо“, непотпуно и „несазрело“ образовање, те они још увек нису у могућности да „подаре“ ваљана решења за проблеме, које сасвим сигурно намеће наша стварност.¹¹ Можда можемо да говоримо о сужавању „круга“ правника, али не и о сужавању „обима“ знања које ваља да се понуди правницима.

⁹ Ту се мисли, на пример, на питања еутаназије, абортуса итд. Наравно, на ова питања се потом надовезују и кривичноправна и грађанскоправна одговорност. Али, тема овог рада нису поједини облици правне одговорности, већ опште разматрање стања правничког образовања лишеног аксиолошког приступа.

¹⁰ V. Valjan, *Bioetika*, Svjetlo гјећи, Sarajevo-Zagreb, 2004, 48.

¹¹ R. Mordacci, *L'incerta vicenda della bioetica*, у: G. Angelini (уп.), *La bioetica, Questione civile e problemi teorici sottesi*, Glossa, Milano, 1998, 38-44.

Дакако, присутна је и тенденција не „служења“ знања вредностима, већ држави, која постаје окосница данашњег образовања. Правни позитивизам „посматра“ човека као подређеног, његовом највећем ауторитету – држави и њеној највећој вредности – правној сигурности. Ова „горка сатира“ води у истинско одбацивање вредности људског живота, а „кобне“ последице оваквог образовања воде до „стриктно чињеничних дескрипција очигледних поступака, какви се могу запазити у концентрационим логорима...“.¹² А, овако постављено образовање, лишено процеса вредновања и испуњено апологетским тоновима, неће моћи да „прави разлику између аутентичног и лажног, између вишег и нижег; између праве религије и лажне религије, између правога вође и шарлатана, између знања и учености или софизма, између врлине и порока, између моралне осетљивости и моралне тупости, између уметности и кича, између виталности и дегенерације итд“.¹³

Такво образовање постаје „паразит“ и „зло“ заједнице, ако не проистиче из прихватања вредности човека, што описује и Херман Брох (нем. *Herman Broch*): „О свињаријама које су починили штреберски професори и доценти на универзитетима, истискујући своје јеврејске колеге, о случајевима који су ми познати са свим детаљима, о свему томе радије не бих говорио“.¹⁴ Ово је само „очекивана“ последица одбацивања вредности током образовања, или да се прецизније изразимо схоластичким речником, ово је *ignorantia affecta*.

Ignorantia affecta је присутна у данашњем образовању правника, а та „варка“ била је присутна и раније јер: „Својим уверењем „закон је закон“ позитивизам је разорио немачки правнички сталез према законима са самовољом и злочиначком садржином. При том позитивизам уопште није у стању да властитом снагом образложи важење закона“.¹⁵

У намерном прикривању сазнања о потреби аксиолошко-биоетичког образовања правника очитује се „осјећај немоћи пред властитом моћи“¹⁶ који води ка „интелектуалном непоштењу“¹⁷ а оно потврђује став св. Томе Аквинског, да је право створено за зле и опаке. То је увидео и Густав Радбрух (нем. *Gustav Radbruch*), након свог „искуства пред Дамаском“.¹⁸

Узнемиравајућа је чињеница да се у образовању правника „скренуло“ од врховног начела – вредности човека, ка правној сигурности, као класичној вредности правног позитивизма. Овакво образовања правника према правној

12 Л. Штраус, *Природно право и историја*, Плато, Београд, 1997, 45.

13 *Ibid.*, 53.

14 Х. Брох, *Писма о Немачкој 1945-1949*, СВЕТОВИ, Нови Сад, 1994, 19.

15 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 18.

16 А. Ћовић, *Етика и биоетика*, 64.

17 Л. Штраус, *Природно право и историја*, 45.

18 А. Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998, 122.

сигурности „задовољава“ само оне „духове“ који су довољно безбожни да не испуњавају вредности сами од себе, већ врло често делују против ње.¹⁹ На овај начин људи желе да „умакну“ тешкој обавези аксиолошки испуњеног образовања и уместо образовања за вредности, ствара се пуко образовање за добит. Шта је мотив оваквог брзог образовања? Ништа друго до стицање добити. Ми не негирамо добит као ваљану ствар, само истичемо да она није пресудна и водећа, и наглашавамо јединство интелигенције и вредности, а не интелигенције и власништва.

Темељ правничког образовања мора да буде толико широко и чврсто постављен, да би чинио противтежу позитивистичким настојањима државе, која жели да држи под контролом образовање. Оваква жеља државе за смањењем образовања у смислу квалитета и квантитета материје која се пружа студентима, проистиче из њеног самољубља и жеље да лакше користи „кључ“ покорности становништва, њихово знање. Тако права образованост правника постаје само случајност и екстрем, који држава лако „отклања“ и уместо кога нуди уско стручно образовање. На тај начин уско специјализовани правник, па чак и универзитетски професор права, личи на „фабричког радника“ који читав живот производи неки део неке машине. Међутим, морамо схватити, да разлика између општег и стручног образовања „није заправо оштра опрека, већ узајамна допуна, јер конкретна улога човјека у свестрано развијеној друштвеној заједници изискује подједнако солидну опћеобразовану основу...“²⁰ Данас се непримерено овакво стање, пуког стручног образовања, „обожава“ као „морални“ и образовни феномен. Држава, уздиже овакво стање образовања које још називамо и „образовање у малим стварима“ као и стање истинске удаљености од човека. Тада се необразованост у донекле атипичним правним стварима, стварима изван „луке“ границе правног позитивизма, сматра знаком „племените скромности“ једног правника. На тај начин долази до изопачења свих правих аспирација у образовању правника, те до искључивог образовања будућих „народних трибуна“ који одбијају да прихвате став да „истина не може бити створена као резултат гласовања“.²¹ Проблем се налази у поставци правничког образовања, које истиче као своје исходиште учење за „владање“ путем: гласања, прегласавања, „непримерених“ компромиса и у најмању руку „чудних“ коалиција. Зар је за истину неопходан „кворум“ и зар постоји разлика у истини до које се долази једногласно или већином? Шта учимо студенте права? Истини, или модусима прегласавања, како би владали? Да ли је данас истина замењена интересом?

¹⁹ Е. Ласк, *Филозофија права и крпаћи списи*, Досије, Београд, 2005, 74.

²⁰ *Filozofijski rječnik*, u redakciji Vladimira Filipovića, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1984, 232.

²¹ J. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*, VERBUM, Split, 2001, 55.

2. ПРАВНИЧКО ОБРАЗОВАЊЕ КОЈЕМ ТЕЖИМО

Једина права аспирација образовања правника је апсолутна заштита вредности човековог живота. Ако то изостане у образовању правника, нестаје утицај предправног узрока образовања, који се налази у вредновању људског живота. А „појачана“ самосталност правника не стиче се апологетским тоновима позитивно-правног образовања, јер правник најпре мора да буде филозоф права, потом и филозоф унутар кривичноправне материје, посебно кривично процесног права, који истиче вредност човека, а испитује и „сумња“ у позитивно-правна решења. Тако образовање постаје „брана“ за заштиту човека од самовоље власти и „отклања“ патњу и страдање људи. Ово је нужан закон природе образовања, који се противи свим „помодним“ тенденцијама.

Насупрот формалном, чисто позитивно-правном образовању, стоји оно образовање које још можемо назвати и класично образовање правника. Јасно је да је класично правничко образовање изузетно тешко постићи, јер то је нешто што захтева, у пуном смислу речи, свестрану обдареност. Међутим, то није разлог да се прихвати формално позитивно-правно образовање, које је груба нефилозофска фразеологија, и ње се морамо „ратосиљати“. Тек из оваквог стања могуће је говорити о правницима који су „храбро“ ходали сами, али бранили људски живот, на којима ће се сва будућа праведна покољења једног народа просуђивати. Данас овакво образовање нуди „будност“ у свим стварима и постаће оно што Хегел (*Georg Wilhem Friedrich Hegel*) означава као „апсолутно савршен етички организам“, а што је једино могуће постићи уз апсолутно признање потребе за очувањем човека.

Шта се постиже класичним образовањем правника? Резултат је држава која почива на хуманости и свестрана личност правника у оквиру чврстих заједничких хумано-моралних уверења, која нам нуде општа теорија права и кривичноправна теорије. Међутим, ово се не догађа када хришћанство, филозофију, филозофију права, општу теорију права, етику и кривичноправну теорију „протерамо“ са правних факултета. Каквим се тада лествама пењемо до „савршеног“ правника?

Образовање којем смо „наклоњени“, у себи садржи као императив, следеће: „Само без журбе!“. Овакво образовање намењено је истрајним, темељним и мирним духовима, који се нису упустили у бестемељне расправе и ковитлац модерног доба. Намењено је онима који нису пронашли нове пролазне идоле правног позитивизма, који не уздижу правну сигурност и целисходност насупрот правди, који вреднују живот, а не упиру поглед на уштеду и губитак времена и имају још времена да се образују. Дакле, образују се свакодневно и трајно, и не теже „правничком образовању народних трибуна“, које показује недостатак „озбиљне“ етике и нехтење живота.

Класично образовање правника, „потпомогнуто“ вредностима, постаје аксиолошко „лице“ права, које тада мења смер правничког образовања. Поставља се „нови“ циљ – човек и прелази са сопственог интереса и вечите „потраге“ за материјалном удобношћу и славом, који узрокују сукоб, на испитивање могућности уздизања вредности човека, те омогућава да се установе правила, која почивају на вредностима. У том смислу човек као вредност, која учествује у процесу образовања правника којем смо „наклоњени“, такође, помаже изградњи „вредносног менталитета“ правника. Она помаже да јасно препознамо и признамо, да је добро увек „правац“ ка вишој вредности, зло „правац“ ка нижој, те помаже да се вредности „нађу“ у правној материји и постану „идеалне силе“²² које се пробију у нашу стварност. Та „туђа“ енергија коју право треба, може се наћи у вредности људског живота, путем које може да савлада отпор реалног према вредностима и да „поспешу“ свој развој у правцу остварења вредности те да „изрони из окена или баруштина чињеница“²³ формалног позитивно-правног образовања.

Својим преиспитивањем стварности, и ставом *bene vivere et bene operari*²⁴ спречавамо да се свако позитивистичко настојање и делање оправда. Све ово би ваљало да допринесе да правници који „испуњавају“ политичка тела „истражују примену и последице етичких принципа“²⁵ у својој целокупној делатности.²⁶

3. ЧОВЕК КАО КРАЈЊА „НАМЕРА“ ОБРАЗОВАЊА ПРАВНИКА

Човек и његов живот представљају „чист“ органски процес ако се искључе вредности, тако да ни процес образовања човека „није ослобођен од вредности“.²⁷ Дакле, пошто је „образовање управљање, формирање карактера или личности, онда не може нити сме бити неутрално“.²⁸ На то нас већ, без двојбе, упућује хришћанство и општа теорија права, филозофија права, етика као и кривичноправна теорија и тако се потврђује, да се циљ образовања, а то је човек као вредност, сам намеће. Због тога је неопходно током образовања правника, успоставити однос према вредностима, јер, под образовањем подразумевамо „преображавање људског индивидуума у правцу развијања његових психофизичких снага и усвајања искуствених садржаја у непрекидном

22 N. Hartmann, *Kleinere Schriften*, Berlin, 1955, 293. Наведено према: В. Павићевић, *Однос вредности и стварности у немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд, 1958, 17.

23 Л. Штраус, *Природно право и историја*, 37.

24 Више о томе видети у: В. Häring, *Das Gesetz Christi*, I, München-Freiburg, 1976.

25 Ibid., 143.

26 Овде посебно издвајамо кривичноправно подручје, као битно за одржање вредности човековог живота.

27 В. Кампс, *Јавне врлине*, Филип Вишњић, Београд, 2007, 95.

28 Ibid., 95.

контакту с природном, друштвеном и културном стварношћу...“.²⁹ Особито, током тог „преображавања“ ваља успоставити ваљан однос према вредности човековог живота, о чему нам и говоре општа теорија права, филозофија права, етика и кривичноправна теорија. Човек као вредност, спада у ред оних вредности, које се васпитањем и образовањем правника „потпомогнутим“ поменутих правним и ванправним дисциплинама, могу „развити“, и не само „развити“, већ и „заповедити“ и у овоме налазимо смисао укључења и ванправних дисциплина у образовање правника.

Право је производ човека, зато је наглашена потреба укључења човека као вредности у образовање правника. Јер, као производ „несавршеног“ човека, оно и само може да буде сасвим супротно основној вредности, човеку. Дакле, да би схватили прави задатак правничког образовања, потребно је право схватити „из његове идеје“ која може да буде само вредност.³⁰ Немогуће је ваљано правничко образовање које је „слепо за вредности“ јер идеја правничког образовања може да буде само човек као вредност, јер се право „може схватити само у оквиру понашања које се повезује с вредношћу“.³¹ Вредности као вечити стандарди понашања, на које нам указују аксиологија, могу да послуже као стандарди, којима морамо тежити у образовању правника.³² Човек као основна вредност, постаје на овај начин „грађа“ за правничко образовање, које постаје мост између стварности и вредности, те на тај начин образовање задобије „стваралачку моћ“.

Само вредности могу да „подаре“ обавезујућу снагу правним нормама.³³ Због бројних недоумица наше стварности, као и због обликовања и преобликовања стварности у правну норму, морамо да се том приликом „позовемо“ на вредности. Дакле, у таквој ситуацији постаје јасно да ће право, а особито кривично процесно право, задобити смисао, само ако се управи ка вредностима и њиховом остварењу.

Тада постаје јасно колико је битно укључити човека као вредности у образовање правника јер: „Тамо где право не би било ништа друго до вођина заповест, остало би необјашњено обвезивање и самог вође путем права...“.³⁴ Дакле, одсуство аксиолошке стране образовања правника сасвим сигурно води чистом позитивистичком схватању обавезујуће снаге правне норме, која у том случају не почива на вредностима, већ на вољи власти. Дакле, право мора да

29 *Filozofijski rječnik*, 232.

30 Г. Радбрух, *Филозогија права*, НОЛИТ, Београд, 1980, 14.

31 *Ibid.*, 15.

32 О односу вредности и понашања видети у: В Reich, С. Adcock, *Values, Attitudes and Behaviour Change*, Methuen, London, 1976.

33 О проблему обавезујуће снаге правне норме видети у: Р. Лукић, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1995 и М. Трајковић, *Право као систем код Радомира Д. Лукића*, Нови Сад, 2005.

34 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, 7.

постане имперсонално, везано за објективну вредност, за човека, а не везано за интерес особе или групе на власти.³⁵

Када човек заиста не би учествовао у остваривању вредности, он не би могао да оствари своју људскост, на чему инсистира општа теорија права, филозофија права и теорија кривично процесног права. Тек у ситуацији уношења вредности у процес образовања, човекова делатност поприма све одлике „неугасиве тежње“ ка успостављању везе стварности са вредностима. Она се тада односи и на право, које је такође „вредносно постављена творевина духа“.³⁶ Због тога је потребно током образовања, најпре указати на аксиолошку страну света, а потом и на вредносну страну права.³⁷ У таквом схватању човека као вредности, „најискренију“ помоћ правна наука може да „очекује“ од аксиологије.

Када би из права биле искључене вредности, које су разлог његовог постојања, право би се претворило у један чисто формално-правни облик постојања правних норми. Тада не би могли да отклонимо многа начела правног позитивизма, која имају у себи нешто „неприродно“, и представљају најозбиљнију слабост данашњег образовања правника. Посебно истичемо „помодно“ одбацивање човека, као највеће вредности, јер уместо „саморазумљивости“ човека као вредности, имамо његово истрајно одбацивање. Упркос, сталном истицању „бриге“ за човека, кроз низ позитивно-правних грана, а посебно у јавно-правној, грађанско-правној и кривичној материји, ипак се дешава „потамњење вредности живота“.³⁸ Сматрамо, да наша стварност нуди очигледне „нападе на врједност људског живота: самоубојства, више или мање „оправдана“; убојства, извршена због једног или другог разлога; „озакоњена“ убојства (смртна казна); побачаји, позитивна еутаназација, уз констатацију о тобожњем „праву на слободни избор властите смрти“; ратови, ухићења, мучења, итд“.³⁹ Дакле: „То конфузно правно стање резултат је етичког релативизма и јуридикског позитивизма, који су теорију разликовања права од морала преокренули у теорију корјенитог раздвајања двају термина“.⁴⁰ Поред „повратка“ етике у правну науку, додајемо и укључење човека као вредности, те на тај начин уклањамо морални релативизам и правни позитивизам, који данас чине темељ позитивно-правног образовања

³⁵ О питању интереса видети у: V. Zsifkovits, *Politik ohne Moral?*, VERITAS-Verlag, Linz, 1989.

³⁶ Д. Митровић, *Теорија државе и права*, Досије студио, Београд, 2010, 530.

³⁷ О аксиологији права видети у: Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Садвремена администрација, Београд 1992.

³⁸ M. Vidal, *Kršćanska etika*, 222.

³⁹ Ibid., 222.

⁴⁰ V. Valjan, *Bioetika*, 49.

правника. Заправо, искључићемо „двозначност“⁴¹ спрам вредности људског живота. Унутар правне науке, наилазимо на антипode: вредност људског живота и константно правно „подривање“ вредности људског живот, што се често документује великим бројем правних норми чија суштина није вредновање и заштита човека, већ супротно „гажење“ човека као највеће вредности, и то кроз „идеологије зла“.⁴²

Овако постављена „двозначност“ може бити уклоњена једино истрајним образовањем правника за апсолутно вредновање човека. Видал (*Marciano Vidal*) истиче две могућности за превазилажење „двозначности“: „фундаменталну етику“ која би ваљала да оправда вредност људског живота у корену и „доследну етику“, која ваља да на доследан начин представи вредност људског живота.⁴³ „Фундаменталу етику“ те „доследну етику“, ваља садржински и методолошки уградити као квалитете образовања правника, који би морали да помогну правничком образовању, које пречесто кривуда и скреће са пута вредновања човека, да се врати на „пуну истину о човеку“.⁴⁴ Заправо, образовање правника би морало да буде природни продужетак настојања вредновања и заштите „трансценденталности људске личности“.⁴⁵ На овај начин би ваљало окренути правничко образовање ка човеку, од кога је у суштини тако дуго одељено. Како другачије указати студентима права да: „Људска личност никада не сме бити искоришћена за потребе економских, друштвених и политичких планова – који год ауторитет те планове наметао – чак ни под изговором напретка дате цивилне заједнице или других људи, у садашњости или будућности“.⁴⁶

ЗАКЉУЧАК

Дакле, конфузија у примени правних прописа у односу на вредност људског живота, настаје најпре као производ непотпуног образовања правника, а потом се као директан проблем, наравно јавља рад „таквих“ правника у законодавним телима и у улози законописаца, као и у улози примењивача правних прописа. Пажњу јавности заокупља тек лош резултат рада „таквих“ правника, а за „предходно питање“ како то правници „воле“ да истакну, које је садржано у самом образовању правника, јавност није заинтересована.

41 Уопште о „двозначности“ моралне свести у односу на вредност људског живота видети у: М. Vidal, *Kršćanska etika*, 222-223.

42 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет, Разговори на почетку новог миленијума*, ЦЛИО, Београд, 2008, 13-20.

43 М. Vidal, *Kršćanska etika*, 223.

44 О питању „пуне истине о човеку“ видети више у: Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења католичке цркве*, Београдска надбискупија, Београд, 2006, 6-8.

45 Ibid., 25-26.

46 Ibid., 69.

Како „замишљамо“ рад једног правника, образованог у духу чистог позитивизма, а у улози законописца? Резултат може да буде јако „погубан“ по човека, јер правник позитивиста од кога је вредност исувише далеко, није образован у аксиолошком духу. Могуће је ипак, да је он током образовања и дошао у „додир“ са вредностима, али сасвим је извесно да је том приликом у његов дух „усађена“ идеја вредносног и моралног релативизма.

Такав релативизам погубан је за „израстање“ ваљаних прописа, којима би се створила сигурна клима, из једноставног разлога јер: „Конкретни задатак политике је да моћ стави под окриље права управљајући тако њеном исправном применом. Не сме вредети право јачег, него изнад свега снага права“.⁴⁷ Али, да бисмо говорили о ваљаном законописцу и његовом ваљаном праву које стоји изнад моћи, најпре морамо да говоримо о ваљаном образовању будућег законописца. Сходно овоме, јављају се следећа питања: „како се рађа право и како га треба примењивати да буде средство праведности, а не повластица моћника да утврђује шта је праведно?“⁴⁸ Дакле, данас се избегава разговор о разлозима настанка оваквих проблема, јер јавност више пажње поклања анализи последица. А, без корених промена у стварима које чине узрок, остаће „папирната“ и „јалова“ расправа која неће уродити „плодом“.

Решење се налази у аксиолошком образовању правника. Такво образовање мора да понуди промишљање основних вредности, те њихово уклапање и потом њихову реализацију у правничком деловању. Основни покретач оваквог образовања мора да постане човек као вредност, односно ваља „одлучно препоручивати ову везу између етике живота и етике друштва...“⁴⁹ Пуко позитивистичко образовање правника нуди одбацивање човека „када прихвата и толерише најразличитије видове непоштовања људског живота и насиља над њиме...“⁵⁰ Што даље указује, да: „Зло није мањак, већ живо биће, духовно, изопачено и покварено. Заstraшујућа стварност. Тајанствена и страшна“.⁵¹ Овакво се „зло“ може путем пуког правног позитивизма „увући“ и у дух будућих правника. Дакле, произлази да све мора да буде подређено човеку као вредности, па чак и образовање, из једноставног разлога јер човек је безусловна вредност, а не „слабо и маргинализовано обличје“.⁵²

47 J. Рацингер-Бенедикт XVI, *Европа, Њени темељи данас и сутра*, Новоли, Београд, 2010, 66.

48 Ibid., 67.

49 Бенедикт XVI, папа, Енциклика, *Љубав у истини*, Београдска надбискупија, Београд, 2010, 24.

50 Ibid., 24.

51 J. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*, 128.

52 Бенедикт XVI, папа, Енциклика, *Љубав у истини*, 24.

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Doc. Marko Trajković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

MAN AS THE ULTIMATE OUTCOME OF THE GENERAL THEORY OF LAW AND THE CRIMINAL LAW THEORY

Summary

Education is “a link” that ensures the continuity of values. Legal education must be aimed at developing and protecting man’s values, which particularly may be expected in the field of general theory of law, philosophy of law, ethics and criminal law theory. Education should enable us to understand that what matters is not only a mere reception of knowledge but also living in line with it. Man’s ability to form a judgment depends on education, whose ultimate task is to enrich and ennoble human life.

Legal education today has to dispense with “the distorted lines”, non-values and “the lords of this world”. It has to create a “safe environment” for the activity of legal and other professionals alike. The haste and immaturity in acquiring knowledge, which are present in our legal education today, make it impossible to respond to the “sore points” of our daily existence. These issues are commonly discussed in the general theory of law, philosophy of law, legal ethics and criminal law theory. Yet, there is a need to reinvent and reintroduce the idea of man as a fundamental value into the field of legal education. This idea may help revive the lawyers’ self-awareness, which has been “harmed” by pure positivism. The education of lawyers should discard with the “paper world” of legal science and embrace the reality.

Key words: *man, education, value, law, lawyers.*

СЕКУНДАРНА ЛЕГИСЛАТИВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ПРЕМА ЛИСАБОНСКОМ УГОВОРУ

***Апстракт:** Посебан извор права Европске уније чине правни акти које доносе њене институције. Пошто се усвајају на основу овлашћења изведених из оснивачких уговора, зову се секундарни извори права Европске уније, а одредбе садржане у њима секундарно право. По својој правој природи имају сличности са законима и подзаконским актима које у држави доносе законодавни и извршни органи, па се називају секундарна легислатива Европске уније. Правни акти органа Уније могу бити законски акти или акти који немају законски карактер. Обе врсте аката носе називе регулатива, директива или одлука. Кад су у питању акти без законског карактера, као посебне врсте појављују се делегирани, имплементациони и акти које доноси Европски савет. Изузетак представља област заједничке спољне политике и политике безбедности у којој органи Уније доносе опште смернице и стратешке правце као обавезујуће акте који имају политичко-програмски значај и одлуке које су у функцији њихове операционализације.*

***Кључне речи:** примарни извори, секундарна легислатива, законски акти, регулативе, директиве, одлуке, акти без законског карактера, делегирани акти, имплементациони акти, акти Европског савета.*

I УВОД

У теорији и пракси држава и институција приликом разматрања извора права Европске уније полази се од традиционалног модела правног система међународних организација који постоји у међународном праву. Према том моделу, правни поредак сваке међународне организације има два извора: прво, међународне уговоре, тј. уговор којим је основана та организација (конститутивни акт), укључујући и све његове касније измене и допуне, као

и уговоре које је организација закључила, и друго, одлуке саме међународне организације (тзв. сопствено право).¹

Уговори о оснивању међународних организација у материјалном смислу представљају посебну категорију мултилатералних уговора. Оно што их издваја и даје им конститутивни карактер јесте чињеница да њиховим ступањем на снагу настаје нова правна личност која се, као релативно самостална и од својих држава оснивача различита јединка, укључује у међународни живот. По тој својој функцији конститутивни акти умногоме подсећају на државне уставе, пошто се њима одређују главни циљеви, задаци и подручје деловања организације, установљава њена институционална структура и уређује надлежност органа у појединим областима деловања организације.²

Међутим, и саме међународне организације закључују уговоре са трећим државама и другим организацијама. Ове уговоре оне склапају као субјекти међународног права, а на основу овлашћења која су државе чланице на њих пренеле путем конститутивног акта. То овлашћење не мора утврђено само путем одредаба које изричито предвиђају закључење уговора, већ и преко чланова конститутивног акта којима се организацији поверавају функције и циљеви чије вршење и остваривање нужно подразумева склапање међународних уговора и када такво право није изричито наведено.³

С друге стране, одлуке међународних организација су посебна врста правних аката донетих на основу овлашћења предвиђених у конститутивном акту који производе правне последице по субјекте правног поредка те организације. Такви акти се усвајају по утврђеној процедури од стране надлежних органа као израз сопствене воље организације. Иако у њиховом доношењу учествују државе чланице окупљене у органима организације, то су једностранни правни акти, јер у њима долази до изражаја воља саме организације, а не непосредно њених чланица. У обиљу данас постојећих међународних међувладиних организација срећу се најразноврсније одлуке које носе различите називе и немају исти степен обавезности.⁴

Право Европске уније поседује све одлике модела правног система међународних организација, мада га по неким својим одликама надилази.⁵

1 В.Кнежевић-Пређић, З.Радивојевић, Како настаје и делује право Европске уније, Београд, 2009, стр.79-80.

2 Б.Јанковић, З.Радивојевић, Међународно јавно право, Ниш, 2011, стр.170.

3 Више о томе: З.Радивојевић, Уговори међународних организација у савременом међународном јавном праву, Ниш, 1996, стр. 422-433.

4 Видети: О.Рачић, В.Димитријевић, Међународне организације, Београд, 1988, стр.137-150.

5 У теорији права Европске уније листа извора проширује се увођењем општих правних начела као посебног, трећег извора права Европске уније. Исти став прихватају и неки национални судови држава чланица. Тако је Савезни уставни суд Немачке заузео став да "правила која усвајају институције ЕУ, заједно са одредбама Уговора и неписаним правним

Главне изворе овог права чине, такође, међународни уговори којима су основане Европске заједнице и Европска унија, међународни уговори које је сама Унија закључила са трећим државама и међународним организацијама и правни акти донети од стране институција Уније.

Основни или оснивачки уговори представљају прву и најзначајнију категорију извора права Европске уније. Као акти настали сагласношћу воља држава чланица они се на хијерархијској лествици извора налазе на највишем месту. Њих склапају државе на основу свог уговорног капацитета и путем тих уговора део свог суверенитета преносе на Европску унију. Пошто чине основ целокупног права Уније и имају најјачу правну снагу, они се означавају као примарни извори, а норме које су у њима садржане сматрају се примарним правом Уније.⁶

Због свега овога оснивачки уговори, као што је Суд правде Европске уније у више прилика истакао, разликују се од обичних међународних уговора. Они су много више од уговора којима се успостављају међусобна права и обавезе држава, јер се њима ствара сопствени правни поредак у чију су корист државе ограничиле своја суверена права и чији су субјекти не само државе чланице, већ и њихови грађани.⁷ Отуда су то само формално међународни уговори, док у материјалном смислу представљају устав или уставну повељу Европске уније.⁸ Суд правде, дакле, није овлашћен да оцењује правну ваљаност оснивачких уговора, већ је његова дужност да их само примењује и тумачи.⁹

начелима представљају фонд правних норми Уније⁶. Овде су у питању опште норме које представљају начелни израз конкретних норми садржаних у оснивачким уговорима, начела која представљају заједничку правну баштину држава чланица, као и начела већ садржана у међународном јавном праву. Будући да се ради о изворима која нису записани ни у оснивачким уговорима ни у актима институција, њихово постојање и садржину утврђује Суд правде Европске уније. За даљу анализу: В.Кнежевић-Предић, Извори права Европске уније, Право Европске уније, Београд, 1996, стр.121-122,

6 У овом смислу: K.Davies, *Understanding European Union Law*, Abington, 2007, p.47; F.J.Hidenger, A.Hubalek, M.Pramberger, *Introduction to the Law and Language of the European Union*, Wien, 1998, p.121;; Б.Кошутић, *Увод у европско право*, Београд, 2006, стр.169-170; K.Lasok, *Law and Institutions of the European Union*, Butterworths, 2001, pp.122-123; K.Lenaerts, P.van Nuffel, R.Bray *Constitutional Law of the European Union*, London, 2006, pp.703-705; J.V.Louis, *The Community Legal Order, The European Perspective Series*, Brussels, 1995, p.87; Н.Мисита, *Основи права Европске уније*, Сарајево, 2007, стр.419-420; P.Rawort, *Introduction to the Legal System of the European Union*, New York, 2002, pp.110-112; Р.Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2006, стр.126-127.

7 Случај 26/62, *Van Gend en Loos*, 1963, *European Court Reports* (даље: ECR), Vol.1, 1963.

8 Случај C-294/83, *Partie ecologiste "Les verts" v. European Parliament*, ECR, 1986, 1339.

9 Према слову оснивачких уговора задатак Суда је да се у оквиру своје надлежности "стара о поштовању права приликом тумачења и примене овог Уговора" (чл.)

Као примарни извори права Уније, оснивачки уговори, *inter alia*, дефинишу правне инструменте на основу којих могу да делују институције Уније. Конкретније речено, њима су одређене категорије међународних уговора које Унија има право да закључује, као и врсте и природа аката које њени органи могу да доносе у вршењу своје надлежности. Тиме су одређена друга два извора права Европске уније.

Међународне уговоре Уније закључује на основу сопственог капацитета као субјект међународног права са једном или више трећих држава или међународних организација када је то предвиђено оснивачким уговорима или када је то потребно за остваривање, у оквиру политика Уније, неког од циљева утврђених уговорима. Уговори које је закључила Унија обавезују њене органе и државе чланице.¹⁰ Ступањем на снагу ови уговори постају саставни део права Европске уније¹¹, тако да никакве мере транспоновања у правни поредак Уније нису потребне.¹²

У правном систему Уније ти уговори налазе се по хијерархији између примарних извора и правних аката институција. Они морају бити у складу са оснивачким уговорима, али имају вишу правну снагу од правних аката које доносе институције Уније. Ови акти морају се тумачити што је могуће више у складу са правилима садржаним у међународним уговорима које је закључила Унија.¹³ У случају да су правни акти институција супротни одредбама ових уговора, Суд правде их може поништити као супротне међународном праву.¹⁴

Посебан извор права Европске уније чине правни акти њених органа. Пошто се доносе на основу овлашћења изведених из оснивачких уговора, зову се деривативни или секундарни извори права Европске уније, а одредбе садржане у њима секундарно право.¹⁵ По својој природи имају неке сличности са законима и подзаконским актима које у свакој држави доносе законодавни и извршни органи, па се називају и секундарна легислатива Европске уније.¹⁶

10 Члан 216 УФЕУ.

11 Случај 181/73, *Haegeman v. Belgium*, 1974, ECR 449, para.5

12 Случај 104/81, *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg*, 1982, ECR 3641, para.14-15.

13 Случајеви C-61/94, *Commission v. Germany*, 1996, ECR I-3989, para.52 и C-284/95, *Safety High v. S&T*, 1998, ECR I-430, para.22

14 Здружени случајеви 21-24/72, *International Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, 1972, ECR, 1219, para.6.

15 У овом смислу: D.Chalmers, C.Hadjimannuil, G.Monti, A.Tomkins, *European Union Law*, Cambridge 2006, p.159; В.Кнежевић-Предић, *Европски суд правде и обликовање правног система Европске уније*, Правни живот, 1996, бр.12, стр.120-121; Б.Кошутећ, *op.cit.*, стр. 179-180; J.V.Louis, *op.cit.*, p.87.

16 Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.134-135.

Однос између оснивачких уговора и аката органа Уније био би исти као и однос устава и закона у једној држави.¹⁷ Секундарна легислатива Уније мора бити у складу са примарним изворима, односно оснивачким уговорима. Њену сагласност контролише Суд правде коме је дато право да поништава акте Уније уколико нађе да су донети супротно оснивачким уговорима.¹⁸

II ВРСТЕ ПРАВНИХ АКТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Почевши од оснивања прве Европске заједнице, па све до Уговора из Нице, број правних инструмената које су могле да доносе институције стало је повећаван. У то време постојало је петнаестак различитих врста правних аката које су оснивачки уговори стављали на располагање органима Заједница и Уније. Тако су Уговори о оснивању Европске заједнице и Европске заједнице за атомску енергију предвиђали следеће типове комунитарних аката: регулативе, директиве, одлуке, препоруке и мишљења¹⁹. Правна природа ових аката била је различита, будући да су прве три врсте инструмената обавезујућег карактера, док препоруке и мишљења, без обзира на свој политички значај, нису имале правну обавезност. Међутим, листа правних аката у области Европских заједница (тзв. први стуб) није исцрпљена побројаним категоријама, јер су институције у пракси свога деловања усвајали и акте који нису одређени оснивачким уговорима и то под другим називима, као што су резолуције, закључци, саопштења или међуинституционални споразуми²⁰. У оквиру заједничке спољне и безбедоносне

17 Према ставу Суда правде овлашћења институција приликом доношења ових аката одређена су оснивачким актима који представљају њихов "основ, оквир и границу" (видети случај 26/78, *Viola*, ECR, 1978, 1771, para.7). Том формулацијом Суд правде је имплицитно указао на сличности односа секундарних и примарних извора права Европске уније са односом закона и устава у државама чланицама. Наиме, као у државама, овлашћења институција Уније имају за свој правни оквир оснивачке уговоре и морају поштовати њихову вишу правну снагу.

18 Суду правде ЕУ је дато право да у складу са одредбама чл. 263 (ранији чл.230 Уговора о ЕЗ) Уговора о функционисању Европске уније контролише законитост правних аката органа Уније и да их по тужбама овлашћених субјеката поништава.

19 Члан 249 (ранији чл.189) Уговора о ЕЗ.

20 У недостатку бољег назива ови се акти често називају неименованим актима или актима *sui generis*. Први пут се Суд правде на њих позвао 1970. године у случају *ERTA (22/70, Commission v. Council, 1971, ECR 263, para.53)* који се односио на преговоре о закључењу Европског споразума о друмском превозу. Конкретно, радило се о акту насловљеном као резолуција који је донео Савет, поводом кога је реаговала Комисија, сматрајући да је тиме Савет преузео њена овлашћења и покренула поступак за оцену законитости резолуције уз захтев да се она поништи. Савет је као тужена страна тврдио да поменута резолуција не подлеже оцени законитости, будући да ни по форми ни по садржини није обавезујући акт који се може подвести под класификацију правних аката из оснивачких уговора. Суд тај аргумент није прихватио, већ је заузео становиште да се могу оцењивати сви акти које

политике (тзв. други стуб) Уговор о Европској унији предвидео је другачије типове правних аката. Уместо регулатива, директива и одлука у овој области институције су доносиле заједничке стратегије, заједничке акције, заједничке ставове и одлуке²¹. Кад је у питању полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима (тзв. трећи стуб), Уговор о Европској унији предвидео је следеће врсте аката: заједничке акције, заједничке ставове, оквирне одлуке и одлуке²².

Европској унији се због овога дуго приговарало да је сувише сложена у погледу сопствене секундарне легислативе. Отуда су све измене оснивачких уговора од 1993. године до данас као један од приоритетних циљева истицале управо поједностављење правних аката Европске уније. Кулминацијом настојања да се тај циљ оствари може се сматрати састанак Европског савета одржан у Лакену децембра 2001. године када је питање поједностављења значајно прецизирано²³. Том приликом као посебан предмет разматрања на Конвенцији, у оквиру које су од тада вођени преговори о будућности Уније, утврђено је не само поједностављење оснивачких уговора, већ и секундарне легислативе. У том циљу образована је посебна Радна група IX са задатком да предложи поједностављење правних аката и поступака одлучивања у Европској унији. Иако јој је на располагању било релативно мало времена за разматрање, Радна група је начинила огроман напор и понудила дубоку и целовиту реформу правних аката Европске уније. Конвенција, као и међувладина конференција која је након тога израдила Уговор о уставу за Европу 2004. године нису ништа суштински променили у предлозима Радне групе²⁴, па су они готово у целини унети у његов коначни текст.

У погледу класификације правних аката Уговор о уставу уместо дотадашњих петнаест различитих правних инструмената предвидео је само шест врста правних аката. То су европски закони, европски оквирни закони, европске регулативе, европске одлуке, препоруке и мишљења. Прве четири врсте усвајају институције, без обзира на њихову природу и форму, под условом да производе или треба да произведу правне последице по односе држава чланица и Заједнице. Како ова резолуције производи такво дејство, она улази у круг аката који подлежу оцени законитости. При томе Суд није отишао до крајњих консеквенци, а то је поништај поменуте резолуције, пошто је установио нову категорију аката *sui generis* који не испуњавају формалне услове, тј. за које не постоји правни основ да буду поништени. Више о томе: В.Кнежевић-Предић, Извори права Европске уније, Право Европске уније, Београд, 1996, стр.130.

21 Чланови 13 (ранији чл.Ј.3) и 14 (Ј.4) Уговора о ЕУ.

22 Члан 34 (ранији чл.К.6) Уговора о ЕУ.

23 Annex I to Presidency Conclusions of the European Council, Laeken, 14 and 15 December, 2001, Doc.SN/1/01 Rev.1; за даљу анализу: K.Lenaerts, La déclaration de Laeken: premier jalon d'une Constitution européenne, Journal des Tribunaux droit européenne, 2002, pp.41-43.

24 Working Group IX on the Simplification of Legal Procedures and Instruments, Final Report, Brussels, 29 November 2002, CONV 424/02.

аката имале су обавезну правну снагу, док последња два немају. Као основну и полазну класификацију обавезујућих правних аката Уговор о уставу установио је дихотомну поделу на акте законског карактера и акте који тај карактер немају. У законске акте сврстани су европски закони и европски оквирни закони, док су се актима који немају карактер закона сматрале европске регулативе и европске одлуке²⁵. У области заједничке спољне и безбедоносне политике као једина врста правних аката предвиђене су европске одлуке, док је доношење европских закона и оквирних закона било изричито искључено²⁶.

Европски закони су дефинисани као акти опште природе, обавезујући у целини и непосредно примењиви на територији свих држава чланица. У том погледу они су у свему били истоветни са регулативама као комунитарним правним актима. Европски оквирни закони су, пак, представљали акте који обавезују државу којој су упућени и то у погледу циља који треба постићи, док су националним властима остављали слободу у погледу избора и средстава за његово остваривање. У поређењу са дотадашњим комунитарним актима оквирни закони су садржински одговарали директивама.

Европска регулатива је дефинисана као акт општег карактера који служи за спровођење законских аката или појединих одредаба Уговора о уставу. Она је имала хибридни природу и могла је бити обавезујућа у целини и непосредно примењива у свим државама чланицама или је могла обавезивати у погледу циља, а националним властима оставити слободу у избору средстава и начина. У првом случају европска регулатива одговарала је регулативама као комунитарним актима, а у другом директивама. Европска одлука, као други тип акта који нема законски карактер, обавезивала је у целини, а уколико је упућена одређеном адресату, обавезивала је само њега²⁷. У том погледу није било разлике између европске одлуке и одлука које су до тада доношене у оквиру Европских заједница.

Као што је познато, Уговор о уставу није прихваћен²⁸, али је доминантни део његових одредаба ипак уграђен у Лисабонски уговор из 2007. године,

25 Члан I-33 Уговора о уставу.

26 Члан I-40 Уговора о уставу.

27 Више о томе: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, Институције Европске уније, Ниш, 2008, стр.63-64.

28 У складу са чл. IV-447, ст. 2 Уговор је требало да ступи 1. новембра 2006. године уколико га до тада свака од 25 држава чланица ратификује у складу са својим уставним одредбама, било путем референдума или у парламенту. Литванија је као прва држава, само две недеље након потписивања, ратификовала Уговор у свом парламенту. Уследиле су ратификације у националним парламентима дванаест држава чланица (Мађарска, Словенија, Италија, Грчка, Белгија, Словачка, Аустрија, немачка, Литванија, Кипар, Малта и Естонија). Од држава чланица које су се определиле да организују национални референдум Уговор о уставу добио је потврду у Шпанији (већина од 76,70% уз излазност од 42,30%) и Луксембургу (већина од 56,50% уз излазност од 86,80%). Међутим, Уговор није прихваћен на

односно Уговор о Европској унији (даље: УЕУ) и Уговор о функционисању Европске уније (даље УФЕУ)²⁹. Међутим, наведена класификација правних аката спадала је у ретке изузетке за које није било места у Лисабонском уговору. Тачније речено, подела на законске акте и акте који немају карактер закона је задржана, али су уместо нових назива из Уговора о уставу остали стари називи (регулатива, директива и одлука) како за законске акте, тако и за акте који немају законски карактер. Кад су, пак, у питању правни акти без законског карактера, Лисабонски уговор као две нове врсте уводи акте усвојене на основу делегираних овлашћења и имплементационе акте. Поред тога, он овлашћује Европски савет да доноси обавезујуће акте, одбацујући изричито могућност да они имају законски карактер.

Изузетак представља област заједничке спољне политике и политике безбедности у којој је, исто као и према Уговору о уставу, искључена могућност доношења законских аката. Лисабонски уговор истовремено поједностављује класификацију аката којима се ова политика спроводи. Уместо досадашњих врста аката (заједничке стратегије, заједничке акције, заједнички ставови и одлука), уводе се опште смернице и стратешки правци као обавезујући акти који имају политичко-програмски значај и одлуке које су у функцији њихове операционализације.

III РЕГУЛАТИВЕ, ДИРЕКТИВЕ И ОДЛУКЕ

Одустајање од термина европски закони и европски оквирни закони и повратак на регулативе, директиве и одлуке које се могу појавити и као законски акти и као акти који немају овај карактер наговестила је потпуно одустајање од дуго жељење класификације правних актата према њиховом месту у правном поредку ЕУ. На то је указивало и преузимање – готово у потпуности – добро познатих дефиниција ових типова правних аката.

За регулативу, члан 288 УФЕУ и данас каже да има општу важност, обавезује у целини и непосредно се примењује. Општа важност регулативе лежи у чињеници да регулативе уређују ситуације које се могу објективно одредити

референдумима одржаним у Француској (против 54,80% уз излазност од 69,30%) и Холандији (против 61,60% уз излазност 62,80%), што је имало за последицу да је процес ратификације најпре настављен у преосталим државама чланицама, да би био коначно заустављен после одлуке Велике Британије да суспендује процес ратификације.

29 Текст Реформског уговора усвојен је на састанку Европског савета у Лисабону 19. октобра 2007. године. Свечано потписивање Уговора обављено је 13. децембра исте године у Лисабону. Након тога уследио је процес његове парламентарне ратификације у свим државама чланицама, изузев Ирске која је имала уставну обавезу да одржи референдум. После другог успешног референдума у Ирској Уговор је ступио на снагу 1. децембра 2009. године. Уговор је објављен у Official Journal of the European Union (даље: OJ), 17.12.2007, C 306, а његов консолидовани текст у Ibid., 9.5.2008, C 115/22.

и производе правне последице по категорије лица које се могу идентификовати на општи и апстрактан начин.³⁰ Отуда су присталице интеграционих процеса, показало се превише оптимистично, регулативу понекад називали европским законом. Пракса их је, међутим, врло брзо демантовала. Показало се, наиме, да правни акт не губи карактер регулативе уколико се може утврдити број или чак идентитет субјеката на које се регулатива односи.³¹ Регулативе обавезују и у погледу циља који се има постићи, као и у погледу метода и средстава којима се тај циљ мора постићи. Отуда се оне могу појавити као „законски акти“ када задржавају висок степен општости и препуштају институцијама ЕУ или државама чланицама да усвоје извршне мере. Међутим, исто тако, могу садржати и детаљне и прецизне одредбе, што их приближава имплементационим актима. На крају, примена регулативе је непосредна, те су мере њене формалне инкорпорације у националне правне поредке забрањене. Што се, пак, мера имплементације тиче, већ зависно од материје које регулишу и начина на који је уређују, могуће је да регулатива допушта, па чак и захтева њихово усвајање од стране државе чланице.³² У том случају, држава је у обавези да усвоји потребне мере.

Директиве су, такође, обавезујући акти, али акти који државу или државе адресате обавезују само у погледу циља који треба постићи. Избор средстава и метода остављен је адресатима, што заправо значи да за државу или државе којима је директива упућена наступа обавеза предузимања националних мера имплементације. Осим циља, директива, по правилу, прописује и рок у коме држава или државе којима је упућена морају спровести ефикасне мере за остварење задатог циља. Другим речима, директива намеће обавезу постизања одређеног резултата (*obligation de résultat*) који се мора остварити пре истека рока који је њом прописан.³³ Међутим, уколико држава, кршећи своју обавезу спровођења директиве, пропусти да усвоји мере имплементације или усвоји неодговарајуће мере имплементације у прописаном року индивидуални субјект ће имати право да се пред националним судом позове на одредбу директиве у заштити неког свог права које из ње проистиче.

Једина измена коју УФЕУ доноси тиче се одлуке. Док је слово уговора раније обавезивало орган који акт доноси да именује адресата и прописивало да он обавезује само адресата, Лисабонски уговор је омогућио и доношење одлуке која адресата не именује. У првом случају, одлука ће и даље обавезивати субјект

30 Видети случај C-6/68, *Zuckerfabrik Watenstedt v. Council*, 1968, ECR 409, p. 415.

31 Услов је да њена примена производи објективне правне или фактичке ситуације које су регулативом одређене и да је у складу са крајњим циљем који се актом жели постићи. Видети случај C-101/76, *Koninklijke Scholten Honig v. Commission*, 1977, ECR 797, para. 23.

32 Видети случај, C-230/78, *Eridania*, 1979, ECR 2749, para. 35.

33 Видети случај C-100/77, *Commission v. Italy*, 1978, ECR 879, para 21.

коме је упућена – државу или индивидуални субјект. Међутим, и именована и тзв. неименована одлука непосредно се примењује.

Одлука је, према слову раније важећег члана 249 Уговора о ЕЗ, представљала акт који у целини обавезује субјект коме је упућена. Њен адресат - индивидуални субјект или држава – морао је бити изричито наведен. Отуда је одлука имала карактер уобичајеног инструмента имплементационе политике институција ЕУ. Показало се, међутим, да одлука може бити упућена и свим државама чланицама и тада она пре подсећа на легислативни, него на извршни акт.³⁴ Уз то, Савет је неретко усвајао акте које је називао одлуком, иако они нису испуњавали формалне захтеве, укључујући ту и именовање адресата. У недостатку бољег назива оне су називане „одлукама *sui generis*“ или „неименованим актима“.³⁵ Савет је ову врсту инструмента користио и да измени неке одредбе Уговора о ЕЗ, као и да усвоји правила о неким битним институционалним решењима као што је Одлука о комитологији³⁶ или одлука о оснивању Првостепеног суда.³⁷ Чини се да је управо ова пракса Савета озакоњена једином релевантном изменом ранијег члана 248 Уговора о ЕЗ. Тако сада важећи чл. 288 УФЕУ допушта усвајање одлуке која не именује адресата.

Иако је, дакле, задржао добро познате типове обавезујућих аката, УФЕУ није сасвим одустао од дихотомне поделе аката, али је класификациони критеријум битно промењен. Наместо разликовања у погледу битних правних карактеристика акта, класификација је базирана на формалном критеријуму, а тај критеријум је врста поступка у коме је акт усвојен. Регулативе, директиве и одлуке усвојене у законодавној процедури имају законски карактер, док ови акти донети у другим процедурама тај карактер немају.

IV ДЕЛЕГИРАНИ, ИМПЛЕМЕНТАЦИОНИ И АКТИ ЕВРОПСКОГ САВЕТА

Лисабонски уговор не садржи дефиницију правних аката који немају законски карактер. Ипак, овај Уговор посебно издваја и регулише два типа таквих правних аката: акте усвојене на основу делегираних овлашћења и имплементационе акте. Поред тога, он овлашћује Европски савет да доноси

34 Одлука Савета 98/415/ЕС од 29. јуна 1998. године о консултовању Европске централне банке од стране националних власти поводом нацрта легислативних одредаба 1998, ОЈ L189/42 која је усвојена на бази члана 105(4) Уговора о ЕЗ и чл. 4 Статута Европског система централних банака.

35 Одлука Савета 87/327/ЕЕС од 15. јуна 1987. године којом је усвојен Акциони план Европске заједнице за остваривање мобилности студената (Erasmus), 1987, ОЈ L166/20.

36 Одлука Савета 87/373/ЕЕС од 13. јула 1987. године о спровођењу овлашћења која Савет преноси на Комисију, 1987, ОЈ L197/33 и од 29. јуна 1999, 1999, ОЈ L184/33.

37 Одлука Савета 88/591/ЕСС, ЕЕС, EURATOM од 24. октобра 1988.

обавезујуће акте, одбацујући изричито могућност да они имају законски карактер.

Делегирани акти су инструменти које усваја Комисија на основу пренетих овлашћења од стране законодавних органа Уније, а то су Савет и Европски парламент. Према слову Лисабонског уговора ради се о актима који немају карактер закона, али су општепримењиви³⁸. Одсуство законодавног карактера значи да делегирани акти нису донети у редовној или посебним законодавним процедурама. Њихово сврставање у категорију незаконодавних акта није, дакле, засновано на садржају и битним правним карактеристикама, већ искључиво на формалном критеријуму, тј. врсти поступка у коме су усвојени. Уз то, ови акти имају општи и апстрактни карактер, што значи да нису упућени индивидуалним субјектима нити се примењују на неки појединачни случај или ситуацију³⁹.

Сврха доношења делегираних аката је да се измене или допуне они елементи законодавног акта који немају суштински значај. У том погледу Лисабонски уговор садржи изричиту одредбу према којој су суштински елементи резервисани искључиво за законодавне акте и не могу бити предмет преношења овлашћења⁴⁰. Међутим, Уговор не нуди дефиницију делова правног акта који немају суштински значај, па ће одговор на питање шта се сматра битним или небитним елементима правног регулисања зависити од околности конкретног случаја. Коначну одлуку да ли се ради о питању које може бити предмет делегираног акта донеће у крајњем случају Савет и Парламент као главни актери законодавног процеса⁴¹, с тим што њихов избор подлеже судској контроли. У досадашњој пракси Суд правде био је у прилици да се изјасни о томе, рекавши да схватање о томе шта је битан елемент материје која се регулише “треба резервисати за одредбе које су намењене за давање конкретног облика основним упутствима политике Уније”⁴². Сам циљ преношења овлашћења на Комисију може бити двојак: да се делегираним актом измене неки небитни елементи законодавног акта или да се изврши њихова допуна. У овом другом случају постојећим одредбама додају се нове, а да се при томе оне саме не мењају⁴³.

38 Чл.290, став 1 УФЕУ.

39 Више о томе: *The Treaty of Lisbon: A Second Look at the Institutional Innovations*, Joint CEPS, EGMONT- The Royal Institute for International Relations & European Policy Centre Study, Brussels, 2010, pp.91-92.

40 Чл.290, став 1 УФЕУ.

41 У овом смислу: Т.Папета, *Правни акти Еуропске уније, Реформа Еуропске уније Лисабонски уговор*, Загреб, 2009, стр. 127 и Н.Мисита, *Европска унија - оснивање и развој*, Сарајево, 2010, стр.305. Исто мишљење је прихваћено у Радној групи IX; видети: *Working Group IX on the Simplification of Legal Procedures and Instruments*, 2002, p.10.

42 Видети случај C-240/90, *Germany v. Commission*, 1992, ECR-I 5383, para.37.

43 Више о томе: Т.Папета, 2009, стр.135.

Кад је у питању контрола над Комисијом у поступку доношења делегираних аката, творци Лисабонског уговора обавезали су законодавце да у свом законском акту изричито утврде циљеве, садржај, домашај и трајање пренетих овлашћења⁴⁴. Од степена разраде ових елемената у законодавном акту зависиће обим овлашћења Комисије током усвајања делегираних аката. Европски парламент и Савет слободни су да од случаја до случаја одређују ова ограничења, али притом морају водити рачуна да она буду довољно јасна, прецизна и детаљна, као и да омогуће Комисији ефективно вршење пренетих овлашћења⁴⁵.

С друге стране, законским актом могу се изричито предвидети услови под којима се врши пренос овлашћења на Комисију. У Лисабонском уговору није прецизирано о којим је условима реч, већ су само наведени неки примери. Тако се законодавном актом може предвидети овлашћење Парламента и Савета да повуку делегирано овлашћење. Друга могућност је да се ступање на снагу делегираних аката услови неправилношћу ових органа у року који је прописан законским актом. Одлуке у оба случаја Парламент доноси већином од укупног броја својих чланова, а Савет квалификованом већином⁴⁶. Оваква контрола се спроводи накнадно (*ex post*) пошто је Комисија већ донела делегирани акт, а не током поступка усвајања (*ex ante*), што овој институцији оставља доста широку слободу приликом вршења пренетих овлашћења⁴⁷.

Имплементациони акти су инструменти незаконодавног карактера који садрже мере неопходне за спровођење правно обавезујућих аката Уније. Правни поредак ЕУ почива на принципу да је извршавање обавеза које проистичу из њених правних аката поверено државама чланицама. Стога је имплементација у правном систему Уније препуштена првенствено државама као њихово право и обавеза. То изричито потврђује и први став члана 291 УФЕУ који обавезује државе чланице да предузму све мере националног карактера потребне за спровођење обавезујућих алата ЕУ.

Као изузетак од овог општег правила прописано је да се Комисији, а у знатно ужем домену и Савету, може препустити надлежност за усвајање мера неопходних за спровођење правно обавезујућих аката Уније. Имплементационе акте усваја Комисија у оним случајевима када правно обавезујући акт Уније захтева једнообразну примену. Доношење имплементационих мера може се поверити Савету само у посебно оправданим случајевима или када је то

44 Чл.290, став 1 УФЕУ.

45 Више о томе: Joint CEPS, EGMONT- The Royal Institute for International Relations & European Policy Centre Study, 2010, p.93.

46 Чл.290, став 2 УФЕУ.

47 Видети: Joint CEPS, EGMONT- The Royal Institute for International Relations & European Policy Centre Study, 2010, p.94.

изричито предвиђено Уговором у области заједничке спољне политике и политике безбедности⁴⁸.

Имплементационе мере односе се на све правно обавезујуће акте Уније. Оне, дакле, подразумевају спровођење не само законодавних аката, већ и аката који немају такав карактер. У највећем броју случајева имплементациони акти се појављују као појединачни правни акти. Међутим, имплементација не мора бити увек везана за примену правних правила на појединачне ситуације. Будући да се имплементациони акти могу усвајати у облику регулатива и директива, као и да се њима стварају једнаки услови за примену, имплементација подразумева и доношење опште обавезујућих правних аката⁴⁹.

С обзиром да је имплементација остављена државама чланицама, оне задржавају право да контролишу начин на који Комисија врши имплементирајућа овлашћења. Правила и општа начела механизма контроле држава чланица над извршавањем овлашћења Комисије прописују Европски парламент и Савет. Дајући право Парламенту да уређује начин контроле, Лисабонски уговор укида монопол који је до сада имао Савета у регулисању система комитологије. Ови органи то чине заједнички и унапред доношењем регулативе у редовном законодавном поступку⁵⁰.

Поступајући на основу наведене одредбе, Парламент и Савет су 16. фебруара 2011. године усвојили регулативу о облицима контроле држава чланица над вршењем имплементационих овлашћења Комисије⁵¹. Овим актом, који замењује ранију Одлуку Савета о комитологији⁵², задржан је саветодавни поступак контроле, али су укинута поступци уз учешће управног и регулаторног комитета. Као нови облици контроле предвиђени су поступак испитивања и хитна процедура. Поред тога, установљен је апелациони комитет састављен од представника држава чланица које сада непосредно, а не више преко Савета, одлучују у случајевима неслагања између Комисије и одговарајућег комитета.

Поступак уз учешће саветодавног комитета (*advisory procedure*) установљен је као правило за усвајање имплементационих аката. Ова процедура даје Комисији најшира овлашћења у доношењу имплементационог акта. Њена је обавеза да комитету, који је састављен од представника држава чланица, достави нацрт имплементационог акта и од њега затражи мишљење у одређеном року. Комитет у року који одреди председавајући, а то је увек представник Комисије,

48 Чл.291, став 2 УФЕУ.

49 У овом смислу: Т.Папета, 2009, стр.135-136 и Н.Мисита, 2010, стр.301.

50 Чл.291, став 3 УФЕУ.

51 Regulation No 182/2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers, Official Journal L 55/13.

52 Decision of 17 July 2006 amending Decision 1999/468/EC laying down procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission, 2006/512/EC, Official Journal L 200.

у зависности од хитности материје, усваја мишљење о нацрту, ако је потребно и гласањем. Уколико приступи гласању комитет мишљење усваја простом већином од укупног броја чланова, при чему председавајући не учествује у гласању. Постоји могућност да се у одређеним оправданим случајевима примени писмена процедура за усвајање мишљења. Мишљење комитета уноси се у записник заједно са становиштем члана комитета који је захтевао да се наведе његов став.

Комисија има обавезу да крајње пажљиво размотри закључке који произилазе из расправе у комитету, као и мишљење које је он усвојио⁵³. Међутим, мишљење комитета није обавезно нити утиче на исход поступка усвајања нацрта акта. У овом поступку право одлучивања у целости припада Комисији која коначно доноси имплементациони акт.

Слобода одлучивања Комисије знатно је ограничена у поступку испитивања (*examination procedure*). Ова процедура се примењује за усвајање имплементационих аката општег домашаја и других аката који се односе на програме са значајним последицама, заједничку политику у области пољопривреде и рибарства, животну средину, безбедност, заштиту здравља и сигурности људских бића, животиња и биљног света, заједничку трговинску политику и опорезивање⁵⁴.

Поступак испитивања се одвија на идентичан начин као и у претходном случају до момента усвајања мишљења, будући да се овде тражи квалификована већина која се иначе потребна у Савету (тзв. двострука већина)⁵⁵. Наиме, по овој процедури Комисија нацрт имплементационог акта доставља комитету који мишљење усваја квалификованом већином у року који утврди председавајући. Ако у том року комитет усвоји позитивно мишљење Комисија на основу свог нацрта доноси имплементациони акт. У случају изостанка мишљења комитета Комисија, такође, може да усвоји имплементациони акт, осим у изузетним случајевима (који се тичу опорезивања, финансијских услуга, заштите здравља и безбедности или коначних мултилатералних заштитних мера), као и када основни акт предвиђа да се имплементациони акт не може усвојити без мишљења комитета или ако се проста већина чланова комитета изјасни против нацрта акта.

Међутим, негативно мишљење комитета има за последицу блокаду доношења имплементационог акта у Комисији. У овом случају Комисија има две могућности: да истом комитету поднесе измењени текст предлога акта у року од два месеца од доношења негативног мишљења или да нацрт акта у року од месец дана упути апелационом комитету ради даљег разматрања.

53 Видети чл. 3, ставови 2, 5 и 6 и чл.4, ставови 1 и 2 Регулative.

54 Чл.2, став 2

55 Видети чл.16, ставови 4 и 5 УЕУ и чл.238, став 3 УФЕУ.

Уколико апелациони комитетет квалификованом већином усвоји позитивно мишљење или не да мишљење Комисија може да на основу свог нацрта донесе имплементациони акт. Негативно мишљење апелационог комитета коначно лишава Комисију могућности усвајања имплементационог акта⁵⁶.

Хитна процедура примењује се у случајевима када императивни разлози оправдавају непосредну примену имплементационог акта. У том случају Комисија је овлашћена да донесе и одмах примени имплементациони акт. Она, дакле, нема обавезу да његов нацрт претходно достави одговарајућем комитету ради давања мишљења. Такав акт остаје на снази најдуже у року од шест месеци, али је дужност Комисије да најкасније 14 дана од његовог усвајања затражи мишљење комитета. Уколико је у питању акт за чије се усвајање иначе примењује поступак испитивања, негативно мишљење комитета принуђује Комисију да одмах укине имплементациони акт донет по хитној процедури⁵⁷.

Лисабонски уговор је Европском савету по први пут у историји његовог развоја поверио овлашћење да сам усваја обавезујућа акта. На овај начин он постаје доносилац правних аката Европске уније, што до сада није био случај, пошто су његови закључци и ставови добијали обавезујући карактер тек када их Савет усвоји као сопствене одлуке. То право ипак је дато уз једно значајно ограничење које се тиче природе акта. Према слову Уговора, Европски савет није овлашћен да доноси акте законодавног карактера, односно да обавља законодавну функцију⁵⁸. Ово негативно одређење овлашћења Европског савета је свакако битно, али је још важније позитивно дефинисање аката које је он овлашћен да доноси у областима где има право одлучивања. Другим речима, иако се изричито искључује законодавна функција, Лисабонским уговором се Европски савет овлашћује да доноси одлуке које нису акти законодавног карактера, али су обавезујуће у целини и непосредно за онога коме су упућене.

Својом одлуком донетом квалификованом већином Европски савет је након ступања на снагу Лисабонског уговора изабрао свог првог председника. Одлучујући квалификованом већином и уз сагласност председника Комисије он је именовао Високог представника за спољне послове и безбедоносну политику који је истовремено члан Комисије и њен потпредседник. Актом истог назива донетим једногласно Европски савет утврђује распоред ротације држављана држава чланица који улазе у састав Комисије и мења одредбе о броју њених чланова. Одлучујући једногласно на иницијативу и уз сагласност Парламента

56 Видети чл.5, ставови 2, 3 и 4 и чл.6, став 3 Регулative.

57 Чл.8 Регулative.

58 Чл.15, став 1 УЕУ. Упореди са чл. I-21, став 1 неприхваћеног Уговора о уставу за Европу. Више о томе: З.Радивојевић, В. Кнежевић-Пређић, *op.cit.*, стр. 71.

овај орган утврђује расподелу места у Парламенту у оквирима које је прописао Уговор⁵⁹.

Најзначајнију новину ипак представља овлашћење Европског савета да својом одлуком мења прописани законодавни поступак и начин одлучивања у Савету. Реч је о поједностављеном поступку измена текста Уговора без формалне ревизије његових одредаба (тзв. пасарела). Тако је Европском савету дато право да донесе одлуку о преласку са посебног на редовни законодавни поступак. Практично то значи да регулативу, директиву или одлуку на предлог Комисије доносе Савет и Парламент заједнички и на равноправној основи уместо да то чини само Савет уз учешће Парламента. У исто време, Европски савет може донети одлуку о преласку са једногласности у Савету на одлучивање квалификованом већином. Из тога се изузимају одлуке које имају војне последице или спадају у област одбране.

За овакву надлежност Европског савета потребно је да буде испуњено неколико услова. Пре свега, одлука да се посебна процедура замени редовним законодавним поступком, а једногласност у Савету квалификованом већином, мора се донети једногласно у Европском савету. То се надаље може учинити само уз сагласност Европског парламента који одлучује већином од укупног броја чланова. И коначно, потребно је да се у року од шест месеци таквом решењу изричито не успротиви ниједан национални парламент⁶⁰. Ови услови јасно показују да је Европском савету, коме је иначе изричито ускраћена законодавна функција, поверена улога да мења Лисабонским уговором прописани законодавни поступак

V АКТИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОБЛАСТИ ЗАЈЕДНИЧКЕ СПОЉНЕ И БЕЗБЕДНОСНЕ ПОЛИТИКЕ

Поступак доношења аката Европске уније у области заједничке спољне политике и политике безбедности није претрпео суштинске измене у Лисабонском уговору. Пре свега, ова област и даље остаје изван наднационалног модела интеграције задржавајући у основи међудржавни карактер. Отуда у процесу доношења аката доминирају органи у којима су представљене државе чланице, а то су Европски савет и Савет⁶¹. Комисија као независан орган лишена је искључивог права предлагања аката, док је улога Европског парламента маргинализована и сведена на саветодавну функцију. Она је ограничена

⁵⁹ Видети: чланове 14, став 2, 15, став 5, 17, став 5 и 18, став 1 УЕУ. Исто решење било је предвиђено члановима I-20, став 2, I-22, став 1, I-26, став 6 и I-28, став 1 неприхваћеног Уговора о уставу.

⁶⁰ Чл.48, став 7 УЕУ. Истоветну одредбу садржао је чл. IV-444 неприхваћеног Уговора о уставу.

⁶¹ То изричито потврђује чл.24, став 1 УЕУ.

на право Парламента да буде консултован о главним аспектима и основним опредељењима у овој области. Као нови актер у процесу доношења аката уводи се Високи представник за спољне послове и политику безбедности коме је поверено право иницирања аката и извршна функција у овој области⁶².

Европски савет овлашћен је да утврђује стратешке интересе и циљеве и дефинише опште правце спољне политике и заједничке безбедности и доноси неопходне одлуке. Тим одлукама, које су донете на препоруку Савета, одређују се и трајање активности, као и средства ЕУ и држава чланица која ће бити ангажована. Неопходне одлуке којима се уобличава и прецизира заједничка спољна политика и политика безбедности доноси Савет. Утврђену политику спроводе Високи представник за спољне послове и политику безбедности и државе чланице у складу са уговором⁶³.

Акти који проистичу из оваквог процеса одлучивања јесу опште смернице и стратешки правци који имају политичко-програмски значај и одлуке које су у функцији њихове операционализације и спровођења. Тиме је у великој мери поједностављена класификација аката којима Унија спроводи своју заједничку спољну политику и политику безбедности, што представља значајан корак напред у поређењу са ранијим називима обавезујућих аката (заједничке стратегије, заједничке акције, заједнички ставови, одлуке)⁶⁴. Међутим, оно што акте из ове области удаљава од осталих правних аката Уније је изричито искључење могућности да они имају законодавни карактер⁶⁵.

Опште смернице и стратешке правце, који поред великог политичког значаја, имају и обавезујући правни карактер, усваја Европски савет⁶⁶. Функција ових аката је да се дефинишу стратешки интереси Уније и начин њиховог остваривања. Они утврђују оквир, циљеве и правце деловања осталих институција Уније на пољу заједничке спољне и безбедносноне политике. Одлуке су акти које доноси Савет ради разраде и спровођења заједничке спољне и безбедносноне политике. При томе, сврха одлуке може да буде различита, почевши од утврђивања акције коју води Уније, преко дефинисања ставова Уније, све до одређивања мера и начина спровођења акција и ставова⁶⁷.

62 Више о томе: В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, Правна природа Европске уније према Лисабонском уговору, Хармонизација законодавства Републике Србије са Европском унијом, Београд, 2010, стр. 123-124; Д.Лапаш, Заједничка вањска и сигурносна политика Еуропске уније након Лисабона- пут ка еуропском политичком идентитету?, Реформа Еуропске уније Лисабонски уговор, Загреб, 2009, стр. 280-285.

63 Чл.26 УЕУ.

64 В.Кнежевић-Предић, З. Радивојевић, Како настаје и делује право Европске уније, Београд, 2009, стр.128-129.

65 Чланови 24 и 31 УЕУ.

66 Чл.26, став 1.

67 Чл.25, тачка б).

У процесу доношења и примене ових аката активно учествује и Високи представник за спољне послове и политику безбедности. Лисабонски уговор поверава Високом представнику функцију председавајућег Савета за спољне послове, дајући му задатак да припрема предлоге аката у вези са заједничком спољном политиком и политиком безбедности и да осигурава спровођење одлука које су донели Европски савет и Савет⁶⁸.

Резиме

Посебан извор права Европске уније чине правни акти које доносе њене институције. Пошто се усвајају на основу овлашћења изведених из оснивачких уговора, зову се секундарни извори права Европске уније, а одредбе садржане у њима секундарно право. По својој правној природи имају сличности са законима и подзаконским актима које у држави доносе законодавни и извршни органи, па се називају секундарна легислатива Европске уније.

Секундарна легислатива Европске уније мора бити у складу са примарним изворима, односно оснивачким уговорима. Њену сагласност контролише Суд правде коме је дато право да поништава акте Уније који су донети супротно оснивачким уговорима.

Према Лисабонском уговору правни акти органа Уније могу бити законски акти или акти који немају законски карактер. Обе врсте аката носе називе регулатива, директива или одлука. Кад су у питању акти без законског карактера, Лисабонски уговор као две нове врсте уводи акте усвојене на основу делегираних овлашћења и имплементационе акте. Поред тога, он овлашћује Европски савет да доноси обавезујуће акте који немају законски карактер.

Изузетак представља област заједничке спољне политике и политике безбедности у којој је, према Лисабонском уговору, искључена могућност доношења законских аката. У овој области органи Уније доносе опште смернице и стратешке правце као обавезујуће акте који имају политичко-програмски значај и одлуке које су у функцији њихове операционализације.

68 Чл.27 УЕУ.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

SECONDARY LEGISLATION OF THE EUROPEAN UNION UNDER THE LISBON TREATY

Summary

The special source of EU law are legal acts which are adopted by the EU institutions. Given the fact that these acts are adopted on the basis of authorities stemming from the founding treaties, they are called the secondary sources of EU law and the legal provisions contained therein are called the secondary legislation. According to their legal nature, these acts are similar to the legislative acts and regulatory acts adopted by the legislative and executive bodies of authority within an individual state; thus, they are called the secondary law of the European Union.

The secondary legislation of the EU has to comply with the primary sources (the founding treaties). The compliance is controlled by the Court of Justice of the European Union which is entitled to invalidate the acts of the Union which are inconsistent with the founding treaties.

Under the Lisbon Treaty, the legal acts of the EU bodies may be either legislative acts or non-legislative acts, both of which include regulations, directives or decisions. The Lisbon Treaty has envisaged two new types of acts: the acts adopted on the basis of delegated powers and the implementation acts. The Treaty also empowers the European Council to adopt binding but non-legislative acts.

Under the Lisbon Treaty, the only exception is the area of common foreign and security policy. The bodies of the European Union may not adopt legislative acts in this area; they may only adopt general guidelines and strategic lines as binding acts which are significant for the political program framework, as well as decisions for their implementation.

Key words: *primary sources, secondary legislation, legislative acts, regulations, directives, decisions, non-legislative acts, delegated acts, implementation acts, acts of the European Council.*

СВОЈИНА И ЊЕНА ЗАШТИТА У НАЈСТАРИЈЕМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ¹

Апстракт: Код старих Словена се као објекти индивидуалне приватне својине најпре појављују покретне ствари. Најстарији словенски правни текстови, Уговор Русије и Византије из 911.године и правни зборник Руска правда из XI-XII века, помињу само својину на покретним стварима. Неке ствари, као што су одећа, копље, лук и стрела, бодеж, секира или накит, вероватно су били први предмети на којима је код старих Словена постојало право индивидуалне својине. Ипак, непостојање у најстаријим словенским правним текстовима правних норми којима би се штитила стварна права на непокретним стварима, само по себи не искључује могућност да су у ондашњем реалном словенском свету ипак постојали неки особени неписани обичајни механизми заштите колективног држања/поседовања и непокретних ствари од стране породица и сеоских општина. Појављивање својине на непокретним стварима уопште, било је код Словена реално могуће тек онда када су они са номадског или полуномадског начина живота прешли на седелачки. Трајно настањивање на једном одређеном месту подразумевало је или крчење шума и друге облике претварања пустих простора у обрадиво земљиште, или борбу ради отимања ливада и обрадивог земљишта од дотадашњих држалаца. Ни једно ни друго никако није могло бити резултат само индивидуалног труда појединаца, нити једне породице, већ искључиво дело већег броја људи. Све ово је у том стадијуму апсолутно искључивало сваку могућност заузимања земље у индивидуалну својину. Титулари својине на земљи постају заједнице знатно шире од једне породице - родови, братства, племена. Са израстањем прве организоване државне власти на словенским просторима, питање титулара својине на непокретним стварима се знатно компликује. Периодично додељивање њива и ливада појединим породицама на коришћење постепено је ишчезло, па су те породице током

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179046).

времена постајале власници оних делова земљишта које су раније само повремено држале. Са протеком времена, израженог деценијама, па и вековима, општински поседи ће се свести на општинске шуме и паињаке. Када је сасвим ишчезло периодично додељивање земљишта, а породице еволуирале од некадашњег статуса привремених држалаца до статуса власника, и сама се сеоска општина постепено све више трансформисала од крвнородничке заједнице у територијалну заједницу. Распадање родовског уређења и изграђивање државне власти нужно је доводило до суштинских промена и у својинским односима, а све је морало бити пропраћено и озбиљним променама у свести људи и у њиховом целокупном дотадашњем погледу на свет.

Кључне речи: *Словени, средњи век, словенско право, својина.*

Посматрано у историјском контексту, питање о суштини стварних права појединаца или заједница којима су они припадали, током самих почетака израстања цивилизације и државне власти на конкретним просторима, заиста јесте сложено. Оно се углавном гради на дилеми да ли је власт на стварима испочетка била проста, фактичка власт, одвојена од појма својине непознатог човеку родовско-племенске заједнице, или се та власт већ у давнини у свести људи доживљавала са оним атрибутима који ће се касније везати за својину као правну установу.

Када је реч о словенском праву, правни историчари се у одговорима разилазе по линији разграничења која садржи дилему да ли се и од када се на конкретном словенском простору и приближно у које време почињу разликовати државина и својина. О овим темама је још далеке 1886. године размишљао и доајен руске правноисторијске науке М.Ф.Владимирски-Буданов (1838-1916) у својој капиталној студији “Обзор истории русского права”. Ако се власт на стварима и код Словена испочетка појављује као фактичко владање стварима, вели Владимирски Буданов, онда се логично поставља питање када и како из државине израста потпуно право својине. Он сматра да је пуно и неограничено држање (у руским историјским изворима “владение”) и код Словена прерасло у својину онда када је било признато од стране других лица и друштва. Другим речима, некадашње фактичко “владение” ће и формално постати право приватне својине онда када више не буде било оних који га оспоравају.²

Новија правноисторијска истраживања углавном не доводе у сумњу хипотезу да се некакво, условно речено, право својине независно од фактичке власти на стварима, и код старих Словена још од најдревнијих времена

² М.Ф.Владимирски-Буданов, Обзор истории русского права (репринт издања објављеног у Кијеву 1886), Ростов-на-Дону 1995, 496.

интуитивно доживљавало, схватало и разумевало. Том свешћу су најпре биле обухваћене покретне ствари, а так касније и непокретне. Будући да се валидне хипотезе и закључци у правноисторијским истраживањима морају заснивати макар на минималним писаним историјским изворима, код разматрања ових тема велику потешкоћу представља чињеница да их је у словенском свету сачувано изузетно мало за период пре XII века. Управо због тога, често и само поједине речи из најстаријих словенских правних текстова попримају прворазредан значај за истраживану тему, а разоткривање њиховог правог (тадашњег) значења и смисла безусловно захтева од истраживача претходно дубље познавање глобалне историјске стварности посматраних простора.

II

Два најстарија словенска правноисторијска извора, Уговор Русије и Византије из 911. године и правни зборник Руска правда (кратка редакција из XI и шира из XII века), изричито помињу само својину на покретним стварима, и то или у контексту њене кривичноправне заштите, или у одредбама које регулишу наследноправне односе.³ Унутар 15 опширних чланова, колико има Уговор из 911. године, као и унутар 164 члана, колико заједно имају кратка и шира редакција Руске правде, само се у два члана шире редакције Руске правде може наслутити да се уопште имала у виду приватна својина на некој непокретној ствари, одн. кући. Она је тамо на једном месту (чл.92) именована као “дом”, а на другом (чл.100) као “домаћинство”.

Приватна својина се у Уговору из 911. године помиње најпре у склопу правне норме (чл.4) којом се санкционише кривично дело убиства. Крвна освета на лицу места је легитиман институт: убица “нека умре на месту извршења убиства”, а уколико побегне, па се утврди се да поседује неку имовину (“по закону”⁴ тј. да је њен легитиман власник), онда ту његову имовину нека узме сродник убијеног. За историју стварноправних односа у старом словенском свету, још занимљивија је одредба овог истог члана у којој се изричито наглашава да жена убице има право да задржи оно што “по закону” припада њој, тј. да задржи онај део имовине чији је власник она, а не њен муж, чија се имовина конфискује.

3 Нумерација чланова и њихов садржај наводе се за Уговор из 911. године према А.А.Зимин, Памятники права киевского государства X-XII вв, Москва 1952, а за Руску правду према Д.Николић, Древноруско словенско право, друго издање, Београд 2000.

4 Оригиначне речи из Уговора “по закону” (из чл. 4 и 15) и “по закону руском” (из чл. 5) скоро сви руски историчари права преводe на савремени језик речима “по обичају (руском)”, што свакако више одговара друштвено-историјској реалности ране руске државе у X веку. Хипотезу да се речима “закон руски” означавао неписани кодекс најстаријег руског обичајног права, поставио је и доказивао М.Б.Свердлов у својој студији От закона Русского к Русской Правде, Москва 1988.

Тако је овај извор узгред посведочио да је код Руса још почетком X века жена такође могла бити субјект имовинских права, додуше, у конкретном случају само на покретним стварима. Да је жена у Русији X века могла и потпуно самостално располагати својом имовином, први пут се помиње у тексту Уговора Русије и Византије из 944. године: међу члановима руске делегације која је учествовала у преговорима, поименце се набрајају изасланици крупних руских трговаца, а међу њима и изасланици двеју жена, Сфандре и Предиславе.⁵ Жену као титулара својине, у том периоду помињу још и два члана шире редакције Руске правде, којима се уређују наследноправни односи: члан 93 (“...а што је њој муж оставио, она је *власница* тога”) и члан 94 (“...треба да наследе *имовину своје мајке*”).

Уговор из 911. године разликује два вида угрожавања приватне својине на покретним стварима и строго их санкционише. Лопов затечен у крађи (чл. 6) може бити некажњиво убијен на лицу места, ако пружа отпор при хватању и задржавању. Сличне одредбе о некажњивом убиству лопова на лицу места касније ће садржати и обе редакције Руске правде, кратка у члановима 21 и 38, а ширира у члану 40. Осим тога, обе редакције Руске правде таксативно наводе који све објекти приватне својине уживају кривичноправну заштиту у случају крађе или оштећења: туђи роб одн. “чељадин”,⁶ крупна домаћа стока и њихова младунчад, перната живина и припитомљене птице, овце, козе, свиње, пси, шумски пчелињаци, тачно побројане врсте чамаца и већих лађа, сено, дрва, гумно и жито ускладиштено у јама. Ширира редакција Руске правде (чл. 71-73) прописује још и санкције за онога ко преоре међу на њиви, пресече ограду шумског пчелињака, посече хрст “са ознаком или међашки”, дворишну међу прегради плотом или уништи знак (својине) на шумском пчелињаку.

Насилно и самовољно узимање туђе ствари, вероватно без намере присвајања, али уз примену јавно испољеног насилништва, санкционисано је у члану 7 Уговора из 911. године. Мада се смисао овог члана услед грешака током бројних преписивања прилично искварио и постао донекле нејасан, за нашу тему је битно да се кривично дело одузимања, одн. самовољног узимања туђе ствари из члана 7 Уговора (“ашче вазмјот”), јасно термилошки и садржински разликује од крађе из члана 6 Уговора (“ашче украдет”), највероватније по томе што овде не постоји намера присвајања туђе ствари, већ (вероватно) само

5 Л.А.Стешенко, Т.М.Шамба, История государства и права России, том 1, Москва 2010, 60-61.

6 Мишљења руских истраживача се прилично разилазе око питања да ли се у терминологији Русије IX-XII века речима “чељадин” и “холоп” означавају лично неслободни људи истог статуса. Због тога је најбоље да се реч “чељадин” уопште и не преводи, или да се преводи описно: лично неслободан човек, по свом правном статусу близак робу. Иначе, и Ђ.Даничић у свом Рјечнику (III,461) има дилему око речи “чељад”, те је преводи и као “familia” и као “servi”. Ђ.Даничић, Рјечник из књижевних старина српских, Београд, том I-II, 1863. и том III, 1864.

намера њеног неовлашћеног коришћења, одн. употребе. У сваком случају, нема никакве дилеме да се и једна и друга правна норма односе на угрожавање права приватне својине на покретним стварима. Дакле, њено постојање као правног института већ у време састављања Уговора апсолутно је неспорно.⁷ То посведочује и члан 13 Уговора који прописује како ће се поступати са имовином руског трговца који умре на територији Византије: уколико је он у тестаменту назначио наследника, имовина ће припасти лицу именованом у тестаменту, а уколико умре без тестаamenta, његова ће имовина припасти његовим сродницима у Русији. Најзад, и из Уговора се, као и из потоње Руске правде, види да су и људи могли бити објекти својине. Наиме, уколико њихов “чељадин” на територији Византије буде украден, на силу продан или пак побегне од власника, Русима се у члану 12 Уговора гарантује да када византијским властима пријаве његов нестанак, имају право да га траже, па ако га нађу, могу га одмах узети.

У најстаријим словенским текстовима постоје неки општи термини за означавање покретних ствари као објеката права својине: “имъние”, “имиение”, “мајетак” (имање). Дакле, то су предмети који се дословно могу узети у руке (“јму”), тј. могу да се држе (“имъю”, “имам”, “мам”). Још увек, међутим, не налазимо именовање објеката својине речју “ствар”. Незнатни изузеци постоје у праву Западних Словена. Општи називи за ствар (res) у древноруском праву били су “имъение” и “скот”. Првим термином означавано је оно што може бити одвојено од чврстих ствари, тј. узето у руке, па је најчешће и значило “покретна ствар”, а термином “скот” означавани су новац и друге покретне ствари које су, према ондашњим мерилима, чиниле основу нечијег богатства.⁸ Код Лужних Словена су се покретне ствари као објекти својине (нарочито стока) у срењо-вековном језику понекад именовале речју “добитак”,⁹ али и речју “оправа”¹⁰ Неке ствари, као што су одећа, копље, лук и стрела, бодез, секира или накит, вероватно су, по речима Карела Кадлеца, биле први предмети на којима је постојало право индивидуалне својине; на неки начин се сматрало да су ти

7 Сличне форме самовоље испољене према туђим покретним стварима санкционисаће и потоња кратка редакција Руске правде, нпр. у члановима 11 (кад неко крије туђег одбеглог роба) и 18 (оштећење туђег копља, штита или одеће).

8 К.Кадлец, Првобитно словенско право пре Х века, Београд 1924, 68-69. и V.Маџураић, Prinosi za hrvatski pravno-povjestni rječnik, Zagreb 1975. (репринт издања из 1908-1922), 425-426. У капиталном делу руске лексикографије, четвортомном речнику руског језика Владимира Даља из 1882-84. године, наведени су бројни примери у којима реч “скот” означава и стоку и новац. В.И.Даль, Толковый словарь живого великорусского языка (репринт), Москва 2003, т.IV, 348.

9 Лексикон српског средњег века, приредили С.Ђирковић и Р.Михаљчић, Београд 1999,160. и V. Маџураић, op.cit, 251.

10 Као једно од значења речи “оправа”, у Рјечнику Ђ.Даничића (т. II, 223) наведено је и “res”.

предмети такође део саме личности власника, па су заједно са покојником полагани у његов гроб.¹¹

Држање, државина (possessio) код Словена се изражавала речима "posiadanie", "drženi", "владѣние", "државина". Додуше, у Руској правди је глаголом "владеть" означавана и државина и својина (у значењу какво су они имали у римском праву и какво углавном имају и у нововековном праву). Да су Словени још од најстаријих времена разликовали право својине на покретним стварима од фактичке власти над њима, сведочи прастаро словенско доказно средство "свод", веома заступљено у древном словенском кривичном поступку. Његова старина и распрострањеност демантују хипотезе појединих историчара права да стари словенски правни системи нису правили разлику између државине као факта и права својине као скупа овлашћења која се не губе престанком државине. По устаљеним и неспорним правилима "свода", власник покретне ствари која је без правног основа изашла из његове државине, и даље је њен власник, те је овлашћен да захтева њен повраћај чак и онда када је та ствар тренутно код неког савесног држаоца коју ју је, међутим, био прибавио од неког трећег, несавесног држаоца.¹²

Државина као саставни елемент својине и њено видљиво обележје, изражавала се код Јужних Словена у средњем веку глаголима држати и имати. Теодор Тарановски је побројао неколико најизразитијих примера овакве терминологије коришћене у српским средњовековним законским споменицима: израз "држати" појављује се у уговору краља Стефана Уроша са Дубровником из 1254. године, у повељи краљице Јелене Дубровчанима из 1289, у једном акту краља Милутина из 1289. године упућеном Дубровчанима, у Хиландарској хрисовуљи из 1328. године, у даровној повељи Стефана Уроша митрополиту Кирилу 1356. године; реч "имати" садржи Хиландарска хрисовуља из 1346-1355. године ("да си га има и држи"), као и већи број даровних повеља цара Уроша ("да си имају и држе"); глагол "држати" за означавање државине, у Душановом закону коришћен је у члановима 39, 79, 83 и 67, док је само у тзв. раковичком препису Законика за означавање државине употребљен израз "држава".¹³

11 К.Кадлец, *ibidem*.

12 Д.Николић, *op. cit.*, 134-135.

13 Т.Тарановски, *Историја српског права у немањићкој држави*, Београд 1996, 608-609. Иначе сама реч "држава" у српским средњовековним текстовима имала је исто значење које има и у савременом српском језику, али је означавала и мање територијално-управне и политичке целине. *Лексикон српског средњег века*, 165-169.

III

Одсуство у најстаријим словенским писаним правним текстовима изричитих правних норми којима би се штитила стварна права на непокретним стварима, само по себи не искључује постојање у ондашњем реалном словенском свету неких већ раније изграђених особених неписаних обичајних и обичајноправних механизма заштите држања/поседовања непокретних ствари. У периоду распадања родовског и племенског уређења и њиховог трансформисања у рану државу, ипак је најбитнији фактор опстанка породице, рода, братства и племена, представљао њихов однос према земљи - држање и/или поседовање окућница, њива, пашњака, шума. Самим тим се и тежиште правноисторијских сагледавања најстаријих стварноправних односа код Словена по природи ствари помера ка комплексу питања везаних за форме прибављања, држања и/или поседовања земљишта.

Појављивање својине на непокретним стварима било је и код Словена реално могуће тек онда када се са номадског или полуномадског начина живота прешло на седелачки. Да би се овај облик својине даље развијао (од колективне ка индивидуалној приватној својини на непокретним стварима), биле су потребне макар још две материјалне ствари: кућа и комад обрадиве земље. О израстању права приватне својине на непокретним стварима, у првом реду на земљишту, постављане су, доказиване и оповргаване бројне хипотезе произашле из археолошких, етнографских, антрополошких, правноисторијских, па и лингвистичких истраживања.¹⁴ Код Словена, нарочито Источних и Јужних, дуго се очувала колективна својина на земљи, као и обичаји и обавезе које су из тога произилазиле. Западни Словени су, изгледа, раније усвојили појединачан рад и личну, индивидуалну својину на земљи, али не путем аутохтоне еволуције, већ под туђинском влашћу. У својој “Словенској Хроници” (*Chronica Slavorum*) написаној у XII веку, немачки свештеник и историчар Хелмолд пише да је војвода Хенрих неке делове Полапских Словена покорио у XI веку и научио их да “сваки своју властиту њиву (*agrum suum*) обрађује.” Овде је напредовање ка индивидуалној земљишној својини било резултат утицаја страног обичаја. Из других извора се види да се њихово словенско право (*ius slavicum* Полапских и Балтичких Словена) један век раније још увек одликовало заједничком, ко-

14 Од општијих славистичких радова који се на више места дотичу и права приватне својине на непокретним стварима издвајамо: В.Д.Гладкий, *Славянский мир I-XVI века, энциклопедический словарь*, Москва 2001; М.Гимбутас, *Славяне - сыны Перуна*, Москва 2004; О.Трубачев, *Етногенеза и култура древних Словена (превод с руског)*, Београд 2005; С.А.Викторович, *Славянская Европа VII-VIII вв*, Москва 2007; В.В.Седов, *Происхождение и ранняя история славян*, Москва 1979; Н.С.Державин, *Славяне в древности*, Москва 1946; В.Л.Юрьевич, *Русская семья XI-XIX вв*, Санкт-Петербург 2004; Л.Нидерле, *Славянские древности (радови објављивани 1902-1921)*, Москва 2001. и М.А.Исаев, *Толковый словарь древнерусских юридических терминов*, Москва 2001.

лективном својином на ораницама, у чему се разликовало од тевтонског права (*ius teutonicum*), али је, изгледа, познавало и индивидуалну својину на кућама и баштама.¹⁵ Ова два облика својине код неких делова Западних Словена тога доба, потврдила су и археолошка истраживања и палеолингвистичка проучавања појединих словенских речи и израза.

Владимирски-Буданов сматра да је код Словена развитак права својине на земљи текао овим редоследом: најпре се учврстило право индивидуалне приватне својине на обрадивим деоницама земље, док су шуме и пашњаци остајали у колективној својини сеоских општина или родова; шуме и водене површине припадале су испочетка или самој раној држави, или такође сеоским општинама и родовима. Хронолошки посматрано, вели Владимирски-Буданов, шуме и водене површине ће најкасније од свих других објеката својине моћи да постану својина физичких лица.¹⁶ Границе њива и ливада које су се држале/ поседовале, најпре су биле природне. Чиниле су их реке, потоци, мочваре, брда. Да се земља у најстаријем периоду најчешће стицала заузимањем, посредно сведочи и руско обичајно право у равничарским пределима које је границе пољског имања у државини/својини појединих титуалара одређивало речима “куда коса, соха и топорь ходили” (одн. докле су коса, ралица и секира прошли). А тамо где је била оскудица у могућностима заузимања слободне земље, границе су одређивале међе, травнати појасеви, гранично камење или дрвеће, па и вештачки направљени брежуљци. Границе мањих имања су се, у циљу разграничавања, у словенском свету обележавале путем “обилажења” пешице (*perambulatio*), а већих имања - јашући на коњу. Зато су у тадашњем пољском и чешком праву називима “*ujazd*” и “*ujezdu*” (“обићи јашући на коњу”) означавна и сама пољска газдинства. Термин “*ујезд*” током времена почеће да означава све непокретне ствари које су припадале једном великом газдинству – њиве, пашњаке, ливаде, шуме, текуће и стајаће воде. Термин “*ујезд*” се у словенским крајевима најпре појављује у XI веку у Пољској и Чешкој, да би нешто касније у древној Русији овим изразом били означавани читави предели.¹⁷

IV

Најстарија археолошки истражена словенска села из VI века састојала су се од низа малих, самосталних, међусобно донекле удаљених кућа, најчешће типа великих колиба. Овакав распоред је дозвољавао да уз сваку кућу постоји и обрадиви комад земље око куће, окућница. Да ли је таква окућница у свести тих људи тада доживљавана као нешто што у правној науци означавамо речју

15 F.Kont, Sloveni, I knj, Beograd 1989, 245.

16 М.Ф.Владимирский-Буданов, *op.cit.*, 494.

17 К.Кадлец, *op.cit.*, 86-87. и *Этимологический словарь русского языка* Макса Фасмера, одредница “*уезд*”, <http://dic.academic.ru> и В.Д.Гладкий, *op.cit.*, 698.

државина или речју својина, питање је на које ни археолози ни историчари права не могу дати поуздан одговор. Да је сваки тадашњи сељак радио и на њиви која није припадала ни њему лично, ни његовој породици, већ његовој широј заједници, доказује се посредно, поред осталог и кроз етимологију појединих старословенских речи. Многе од њих указују на постојање древне заједничке територијалне организације која се дуго одржавала у међусобно сличним формама типа сеоских општина. На територији Пољске су се такве заједнице носиле називе "opole" или "osada"¹⁸, у Бохемији "občina", код Источних Словена "верв" (у кијевском периоду), касније "общчина"¹⁹ и "мир"²⁰, код Јужних Словена "обшчина", "жупа" и "околина".²¹

Као и код других народа који своје ране државе стварају уз истовремено распадање родовско-племенског уређења током раног средњег века, и код Словена се кроз генезу односа појединаца, породице и шире локалне крвнородничке и/или територијалне заједнице према земљи, може донекле пратити како поједине установе стварног права настају под утицајем локалних друштвених и историјских околности. Тај процес отпочињао је или миграцијама и настањивањем на новим ненастањеним просторима, или путем освајања туђих већ настањених територија. На ова два начина је најчешће заузимања и запоседана земља која до тада или није никоме припадала, или је од дотадашњих држалаца освајана силом. Будући да су за сваки род вредност представљала само обрађена поља, земљу коју би почели обрађивати, родови су ретко напуштали, јер су је за њу везивали тежак уложен рад и претварање дивљих простора у плодна поља. Код сталног настањивања на једном одређеном простору, нарочито ако су ту претходно биле густе шуме или шикаре, крчење и претварање у обрадиво земљиште тих првих трајнијих словенских станишта, никако није могло бити резултат само индивидуалног труда појединаца. Да би такав подухват успео, морао се предузимати заједно са другим људима. Крчење је, осим тога, било често пропраћено и борбама са непријатељски расположеним староседелачким групама, за шта је, такође, била потребна удружена снага. Зато је Карел Кадлец склон тврдњи да управо та околност већ искључује заузимање земље у индивидуалну својину.²² Крупније племенске формације распадају

18 Ови називи су се очували у имену града Ополе у југозападној Пољској, и у именима неколико десетина села у Пољској која се или зову Осада или у свом имену садрже ту реч.

19 В.И.Даль, *op.cit.*, т. II, 1042.

20 В.Д.Гладкий, *op.cit.*, 383.

21 Н.Јиреček, *Prove, historicky slovar slovanskeho prava*, Praha-Brno 1904, 170, 201, 215, 224, 227. и 440. Појам "верв", који се у писаним изворима први пут помиње само једном у краткој редакцији Руске правде (чл. 20) и шест пута у њеној широј редакцији (чл. 3-6, 19 и 70), Херменгилд Јиреček у поменутом правноисторијском речнику преводи као *consortium territoriale*. В. и В.Д.Гладкий, *op.cit.*, 97-98.

22 К.Кадлец, *op.cit.*, 69.

се на родове, групе засноване на крвном сродству и уколико род није сувише многобројан, редовно се настањује у једном насељу, које се код Словена називало “ves”, “vesnice”²³, “wies”, “весъ”²⁴, “siolo”, “село”, “sedlo”.²⁵

Прва словенска села била су несумњиво родовска, али нам ништа није познато о првобитним формама уживања земље заузете од стране становника једног села. Може се само претпоставити да су кућа, привредне зграде са двориштем и баштом (код Руса се ово звало “усадиба”) вероватно у извесном смислу били доживљавани као “својина” сваке од породица које су чиниле село. Њиве, ливаде, шуме, пашњаци и уопште земља ван баште и окућнице, несумњиво ће још дуго остати у статусу некакве “колективне својине” села, одн. сеоске општине. Док је трајало мучно и дуготрајно крчење шума и њихово претварање у плодна поља, сви су заједно и напорно радили. Касније, када се већ ушло у редовне циклусе земљорадње на тој заједничкој сеоској земљи, можемо претпоставити да је за ондашњи дух колективизма било најприродније да се плодови заједничког рада деле између појединих породица приближно према количини радне снаге коју је свака породица давала. У почетку се обрадива земља вероватно уопште није ни делила, одн. додељивала појединим породицама. Па и онда када је, можда, појединим породицама изузетно додељивано на уживање одређено земљиште, ни тада га та породица није могла доживљавати као некакву своју “приватну својину”, већ само као привремено држање, ма колико дуго та привременост трајала. Право “својине” на обрадивој земљи (тачније, оно што правна наука назива својином), и даље је припадало само сеоској општини као колективу. Пошто се, међутим, питање титулара те својине тада заправо није ни постављало, саму употребу појма “право својине на обрадивој земљи” у описивању такве друштвене реалности треба схватити крајње условно, одн. као последицу непостојања у савременом правничком језику адекватног термина који би означио однос ондашње сеоске општине према фонду обрадиве земље. Као што се за покретне ствари намењене личној употреби појединца тада сматрало да су на изванредан начин оне део њега самог, тако се и за обрадиво земљиште сматрало да је оно неодвојиви део сеоске општине. Чак и више од тога. Оно је, посматрано у оквирима општих услова живота у том периоду и на тим просторима, у свести људи било доживљавано као основна претпоставка елементарне физичке егзистенције како сеоске општине као целине, тако и сваког њеног члана појединачно.

23 И у савременом чешком језику ves и vesnice значи село.

24 В.Д.Гладкий, *op.cit.*, 99. Иначе, у Русији се и сада три села у Лењинградској области и једно у Владимирској области зову Вес, <http://ru.wikipedia.org>

25 К.Кадлец, *ibidem*; V.Маџураић, *op.cit.*, 1543-1544; Лексикон српског средњег века, 68; Ђ. Даничић, Рјечник, I, 191. Иначе, терминима “wes” и “wies” код Западних Словена се првобитно означавало крвно сродство.

V

Са израстањем прве организоване државне власти, и у словенском свету се, као и другде, питање титулара својине на непокретним стварима знатно компликује. Ово је, наравно, проблем и за правноисторијску науку, јер се она у тражењу поузданијих одговора на нека од ових питања суочава са драстичним недостатком историјских и правноисторијских извора. Самим тим остаје доста простора да се о истим оскудно познатим историјским чињеницама постављају чак потпуно контрадикторне хипотезе и доносе потпуно супротни закључци. Тако, на пример, Теодор Тарановски, полемишући са мишљењем Стојана Новаковића који је тврдио да у средњовековној Србији није постојала сеоска имовинска заједница као реликт некадашње колективне својине,²⁶ заступа сасвим супротно становиште да је сеоска имовинска заједница постојала, али не као реликт прошлости, већ као нова историјска чињеница. Тарановски сматра да је са израстањем државне власти, село најпре постало пореска заједница, а тек онда се као такво трансформисало у имовинску заједницу током једног процес који се нпр. опажа и у Византији и у Русији; о томе, вели, сведочи и члан 67 Душановог законика који је створио могућност за постанак колективне земљишне својине села. Да ли је ту реч о византијском утицају, или је реч о самониклој домаћој еволуцији, то се на основу постојећих извора не може са сигурношћу тврдити.²⁷

За означавање учешћа у коришћењу земље сеоских општина, код Словена ће се релативно брзо појавити и оригинални термини: “vole”, а доцније “zvole” (у чешком праву)²⁸, “угодје” (у руском праву),²⁹ “pristojanje” (код Хрвата),³⁰ “правини” (код Срба и Бугара),³¹ “pertinentiae, attinentiae et utilitates” (у пољском праву).³² Пашњаци и шуме нису се уопште делили, већ су их пуноправно користиле све породице. Њиве и ливаде су додељиване породицама само на известан рок, па када прође то време, опет је вршена прерасподела, евентуално и у другачијим размерама од претходне, будући да су се током времена неке

26 Ако је некада у прво време по насељавању и постојала имовинска сеоска заједница, она је још много пре XIV века нестала, тврди С. Новаковић 1891. године у својој студији “Село”. С. Новаковић, *Изабрана дела*, књига прва, Београд 2002, 123-124.

27 Т.Тарановски, *op.cit.*, 604-608.

28 К. Кадлец, *op.cit.*, 71, Н. Јиреček, *op.cit.*, 433. Три чешка села у свом имену Zvole и сада чувају овај старословенски назив. <http://en.wikipedia.org> (одредница Zvole).

29 Сва застарела значења ове речи. в. на <http://dic.academic.ru>

30 V.Маžuranić, *op.cit.*, 1155.

31 Док Ђ.Даничић у свом Рјечнику (II,409-10), термин “правина” тумачи искључиво као jus и justitia, Т.Тарановски, у поменутом делу, на више места (нарочито на стр. 567-8. и 604) даје и друга могућа значења ове речи у српском средњовековном језику.

32 К.Кадлец, *ibidem*

породице увећавале, а неке смањивале. Код Руса се ово називало “передълъ”³³. Трагови некадашње расподеле земље коцком (жребом), код Јужних Словена су се сачували у речи “”ждребије”³⁴ којом су се у средњовековним текстовима понекад означавали и сами земљишни поседи.

У даљем току развоја ових псеудосвојинских односа, периодично додељивање њива и ливада појединим породицама постепено је ишчезло, изобичајило се, па су те породице током времена постајале власници оних делова земљишта које су раније само повремено држале. Са протеком времена, израженог деценијама, па и вековима, општински поседи ће се свести на општинске шуме и пашњаке. Када је сасвим ишчезло периодично додељивање земљишта, а породице еволуирале од некадашњег статуса привремених држалаца до статуса власника, и сама се сеоска општина постепено све више трансформисала од крвнородничке заједнице у територијалну. О оваквој трансформацији и родовског уређења и саме сеоске општине, сведоче неки термини и установе који ће dospети у потоње векове. Таква је нпр. солидарна одговорност или међусобно зајемчавање сеоских општина, па чак и читавог “савеза општина” (који су се звали “opole” у пољском праву, “вервь” у руском праву, “околина” у српском праву, “osada” у чешком праву) код плаћања новчаних казни за кривична дела учињена на њиховој територији. То је некада била обавеза искључиво сродника, тј. чланова једног истог рода који су морали или да оштећеној страни предају кривца, или да уместо њега плате глобу. Ово последње чак и онда када кривац заиста не би био пронађен или када би га чланови сеоске општине скривали да би избегао гнев оштећене стране. Сличне реминисценције на некадашњу сеоску општину као крвнородничку заједницу касније се запажају и код права прече куповине, где рођак продавца или члан његове сеоске општине има предност у односу на купца “туђинца”.

Распадање родовског уређења и изграђивање државне власти, свуда су, па и код Словена, процеси који су се одвијали симултано и у супротним правцима: колико је државна власт израстала и изграђивала се, толико је родовско-племенска организација слабила и разграђивала се. Ово је, наравно, доводило до суштинских промена и у својинским односима, а све је морало бити пропраћено и озбиљним променама у свести људи, у њиховом целокупном дотадашњем погледу на свет. “Појединац се код старих Словена јављао као правни субјект само онда када је у питању било породично право, а у области имовинског права само према покретним стварима (...) Према непокретним стварима, као правни субјекти јављале су се само породичне и родовне заједнице.”³⁵ Поред родова, титулари својине све више постају просте и сложене породице, из којих су се

33 Энциклопедический словарь Ф.А.Брокгауса и И.А.Ефрона, одредница “поземельная община”, http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz_efron

34 Лексикон српског средњег века, 189, V.Маџураић, op.cit, 1702-3, Н.Јирећек, op.cit, 435.

35 К.Кадлец, op.cit, 67.

састојали некадашњи родови. Просте породице су чинили родитељи и деца, одн. нежењени синови и неудате кћери, а сложене су биле оне у којима су остајали да живе и ожењени синови са својим потомством.

Када се постепено изградила свест о својини на непокретним стварима, неко време још увек није била пронађена реч којом би се то ново стање назвало. У чешком праву непокретна добра у колективној својини читаве породице, дакле добра која су прелазила од предака (дедова) на потомке називана су "dedina"³⁶, а понекад и "dedictvi". Херменегилд Јиречек у својим студијама о словенском праву у Чешкој и Моравској прави следећу дестинкцију значења: "dedic" је означавало власника, "dedictvi" својину, а "dedicke pravo" право својине; сва три израза односила су се или на земљишни посед, или на друге непокретне ствари као објекте својине. Аналогне изразе имало је и словенско право у Пољској: "dziedzic", "dziedzictwo", "prawo dziedzictwa". Код Руса ће се изградити речи "вотчина" или "отчина". Код Срба и Хрвата "племенштина" и "баштина". Очигледно је да су изрази које ће Словени користити за означавање ових правних установа током потоњих векова ("własność", "własnictvi", "собственность", "својина", "власништво") историјски наупоредиво млађи у односу на првобитне, који су углавном били изведени од речи "деда" (дедовина) и "отац" (очевина).³⁷

Код Источних Словена је у ванправним историјским изворима (летописима) постојање кнежевских приватних земљишних поседа први пут посведочено за време око 945-955. године, током владавине кнегиње Олге. Каснији летописи бележе да је, на пример, кнез Андреј Богољубски 1158. године поконио Богородичиној цркви у граду Владимиру неколико села (дакле, као њихов дотадашњи власник), или да је кнез Ростислав Смоленски 1150. године такође некој цркви поконио села, обрадиву земљу, ливаде и језера. О физичким лицима као титуларима приватне својине на земљи током X, XI и XII века, у историјским изворима уопште има знатно мање података. На просторима древне Русије, црква као титулар приватне својине на земљи први пут је поменута 1094. (црква Св. Димитрија у Суздаљу).

Што се Јужних Словена тиче, још је Константин Јиречек уочио³⁸ да је својина на непокретним добрима, на северозападу јужнословенског простора

36 У савременом чешком језику реч "dedina" као таква више и не постоји, али се њен корен очувао у речима "dedic" (наследник), "dedicky" (наследни) и "dedictvi" (наследство). Иначе, многобројна села у Чешкој и сада носе име Дедина, а на јужнословенским просторима (<http://fr.academic.ru>) тако се зову најмање три села: у Србији у Крушевачкој општини, у Бугарској у Великотрновској области и у Хрватској у Копривничко-крижевачкој жупанији.

37 К.Кадлец, *op.cit.*, 85-86. и В.Д.Гладкий, *op.cit.*, 30. и 125. (одреднице "баштина" и "вотчина")

38 К.Јиречек, *Историја Срба*, II књига, Београд 1978, 54, *Лексикон српског средњег века*, 31. и 523.

једно време означавања терминима који асоцирају на некадашњу територију племена: у Хрватској “племеншћина”³⁹, у Босни “племенита земља” или краће “племенито”⁴⁰, док је на југоистоку означавања у придевском облику, као добро прародитеља, дедова и отаца, одн. “дједина”⁴¹, “отчина”⁴² или “баштина” (од речи баша – отац).

Потпуна приватна својина на земљи у старом српском праву се понекад означавала и изразом “сушта баштина” (тј. потпуна, пуна приватна својина). Често се, нарочито у повељама, указује и на начин стицања конкретног имања: да ли је наслеђено (баштина) или купљено добро (купљеница), или је добијено као мираз (прикија). Душанов законик изричито помиње баштине у члановима 31, 39, 42, 45, 134, 138 и 174, купљенице у чл. 174, а мираз (прикију) у члановима 44 и 174. Власник има право слободног располагања својим непокретним стварима. Ово право је гарантовано у многим законским споменицима и пре Душановог законика. Српски правни споменици XII - XV века, који макар и у траговима садрже правно резонување, правне обичаје, па често и правну терминологију претходних времена, јасно одређују права власника непокретне имовине, баштине: може је заложити, продати, заменити, поклонити, дати у мираз и завештати цркви или неком другом. На територији српске средњовековне државе су у то време многи облици колективне својине на непокретним стварима били потпуно ишчезли. Некадашњи пашњаци, на пример, који су вековима пре израстања државне власти били у својини/државини родова, племена, села и жупа, сада су искључива својина државе, често оличене и у самој личности владара. У том контексту је занимљива једна одредба Дечанске повеље из 1330. године⁴³ која можда управо сведочи да су сећања на те старе форме колективне својине остала жива у народном памћењу чак и до XIV века: у планинама, вели текст Повеље, нико нема баштине сем краљева и оних цркава које су је добиле на дар од краљева, а ако би неко тврдио да је планински пашњак раније имао као својину, платиће краљу на име казне петсто оваца.

39 Тај се назив, на пример, одржао у Вараждинској жупанији у Хрватској, где се једно село и сада зове Племеншћина. <http://hr.wikipedia.org>

40 В. одредницу “племенито” у Лексикону српског средњег века, 523.

41 Појам “дједићи” С.Ћирковић дефинише као општесловенски назив за припаднике друштвеног слоја коме главно обележје даје поседовање наследне земље. Лексикон српског средњег века, 159.

42 В.Мажуранић сасвим оправдано нема никакву дилему да термини отчина, баштина, отчевина и дједина означавају у суштини један те исти појам. В.Мажуранић, *op.cit.*, 867.

43 С.Новакковић, Законски споменици српских држава средњег века, Београд 1912, 647.

Prof. Dragan Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Protection of Property Rights in the Earliest Slavic Law

Summary

The first articles of personal private property among the Ancient Slavs were movables. The earliest historical sources containing records on the right to movable property may be traced back to the earliest Slavic legal documents: the Treaty between Russia and Byzantium of 911 and the collection of laws Russkaya Pravda from the 11th-12th century. Thus, some personal belongings (such as: clothes, spears, bows and arrows, daggers, axes or jewellery) are most likely to have been the first individual private property items which the Ancient Slavs held in personal possession. Although the early Slavic legal documents do not comprise any legal norms on the protection of real rights on immovable property, we may not necessarily rule out the possibility that there were some authentic unwritten traditions and customary law mechanisms in the actual Slavic world of that time governing the protection of communal tenure of immovable property held by families and rural communities.

In general, the right to own immovable property is most likely to have emerged only after the early Slavic tribes had moved away from the nomadic or semi-nomadic life and turned to a more settled (sedentary) lifestyle. Yet, establishing the first permanent settlement in a specific territory entailed either the act of clearing the woodlands (to reclaim the fertile soil from the primordial forests) to turn the wasteland into arable land or embarking on warfare with the neighbouring tribes in order to seize meadows and fertile land from the former possessors by force. In any case, neither of these activities could have been a result of an individual or a family effort but rather an endeavour involving a large number of people. All these facts show that individual ownership of land was absolutely impossible at that point of their historical development.

The titleholders of real property were communities considerably larger than the individual family unit: clans (gentes), brotherhoods and tribes. Upon the development of the first organized states and state authorities in the Slavic territories, the issues concerning proprietary relations and title to immovable property became even more complex. In time, the landlords ceased to practice the custom of periodic allocation of land (such as fields and meadows) to individual families for use/cultivation; thus, the families which had formerly held these portions of land in their possession eventually became the rightful landowners (titleholders). In due course, over the decades and centuries to come, the local communal estates only included communal forests and pastures. Once the allotment of land was completely out of practice and once the families evolved from the former status of temporary possessors

Проф. др Драган Никוליћ

of land into the status of owners (titleholders) of the real estate, the rural community gradually evolved from a tribal community based on consanguinity into a territorial community. The dissolution of the ancestral clan system of government and the process of establishing state authorities necessarily brought about vital changes in the proprietary relations as well. Moreover, these processes must have necessarily been accompanied by serious changes in the collective consciousness and people's overall perception of the world at large.

Key words: *Slavs, Middle Ages, Slavic law, property.*

ПОСТУПАК У ПОТРОШАЧКИМ ПАРНИЦАМА ПРЕМА НОВОМ ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: *Рад је посвећен поступку у потрошачким парницама, потпуно новом правозащитном методу регулисаном Законом о парничном поступку из 2011. године, који домаће процесно право до сада није познавало. У раду је размотрена разлика између потрошачких парница, у којима се пружа непосредна и конкретна заштита потрошачу у случају повреде и угрожавања његових индивидуалних права и интереса, и парница у којима се пружа посредна и апстрактна заштита колективним правима и интересима потрошача. Анализиране су све специфичности поступка у потрошачким парницама, уз указивање на поједина неадекватна решења и потенцијално спорна питања која се у пракси могу јавити приликом тумачења и примене прописа којима је овај поступак уобличен.*

Кључне речи: *потрошачки спор, парница, поступак у потрошачкој парници.*

1. Уводне напомене

У последњих годину Република Србија је темељно трансформисала своје потрошачко право и правозащитне механизме за заштиту права потрошача.

Крајем 2010. године донет је нови Закон о заштити потрошача,¹ којим су конкретизоване уставне норме о заштити потрошача и забрани радњи усмерених против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и свих нечасних радњи на тржишту.² Усвајањем овог закона Србија је настојала да испуни обавезе утврђене *Споразумом о стабилизацији и продруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са*

¹ “Сл. лист РС”, бр. 73/10 (у даљем тексту: ЗЗП). У изради ЗЗП коришћени су резултати рада на пројекту “ЗАП - Consumer Protection Project” (06 СЕР 01/09/002), који је финасирала Европска Комисија. У оквиру пројекта израђена је радна верзија Нацрта ЗЗП. Ауторка овог рада била је ангажована на уобличавању процесних правила о судском и вансудском решавању потрошачких спорова.

² Чл. 90. Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006).

друге стране из 2008. године,³ којим је, поред осталог, предвиђено да ће Србија, кроз сарадњу са органима ЕУ, водити политику активне заштите потрошача и усагласити своје законодавство о заштити потрошача са оним које је на снази у ЕУ.⁴ Ради испуњавања ових обавеза, *Националним програмом за интеграцију у Европску унију* (НПИ),⁵ предвиђено је и предузимање мера и активности у домену заштите потрошача,⁶ како би се заштита потрошача ускладила са *acquis* ЕУ у овој области.⁷ Један од циљева реформе у области потрошачког права био је да се успостави делотворан приступ правди и ефикасна заштита права и интереса потрошача, што подразумева установљивање адекватних механизма за вансудско (алтернативно) и судско решавање потрошачких спорова.⁸

Нормативни оквир вансудског решавања потрошачких спорова чине посебна правила садржана у Глави XII ЗЗП (чл. 132-136), под маргиналним насловом „*Вансудско решавање потрошачких спорова*“. Развој вансудског начина решавања потрошачких спорова је, пре свега, резултат сагледавања специфичности самог потрошачког спора, у коме је потрошач, као економски слабија страна, у изузетно неравноправном положају у односу на трговца, како у погледу могућности да финансијски поднесе ризик парнице, тако и у погледу познавања права и искуства у парницењу.⁹ Управо та неравнотежа моћи чини да парница није увек погодан метод за решавање спорова јер подразумева две равноправне странке.¹⁰ Некад је вредност предмета спора

3 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране од 10. октобра 2008. године, „Сл. гласник РС“ 83/08. (у даљем тексту: Споразум).

4 Чл. 78. Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране из 2008. године.

5 Текст *Националног програма за интеграцију у Европску унију* доступан је на адреси: http://web.uzzpro.sr.gov.yu/kzpeu/dokumenti/ssp/ssp_prevod_sa_anexima.pdf.

6 Активности у домену заштите потрошача које су испланиране НПИ садржане су у тачки 3.28.1. под називом „Заштита потрошача“.

7 Тиме се, истовремено, реализују и мере предвиђене *Националним програмом заштите потрошача за период од 2007. до 2012.*, који је 2007. године усвојила Влада Србије. Видети: Уредба о утврђивању Националног програма заштите потрошача за период од 2007. до 2012. („Службени гласник РС”, бр. 11/2007).

8 Препорука сличне садржине усвојена је, у виду закључка, на првој седници Савета за заштиту потрошача у 2007. години одржаној 19. фебруара 2007. године. <http://www.consumer.org.rs>

9 У том смислу, у литератури се наводи да је потрошач, по правилу, без искуства на суду, “*one shot litigant*”, док је трговац често “*repeat player*”. (Галич, А., *Вансудско решавање потрошачких спорова – са примјерима из земаља чланица ЕУ*, www.zap-serbia.com/util/download.php?id=82. (приступ 2. 09. 2011).

10 То је, поред осталог, и један од аргуманата којима се оправдава увођење тзв. колективних тужби, којима се штите колективни и дифузни интереси потрошача, а на чије

тако велика да потрошач није у стању да сноси трошкове поступка и прихвати ризик губитка парнице. У појединим случајевима, међутим, она је тако ниска да је нерационално покретати парницу јер би трошкови њеног вођења далеко премашили евентуални добитак.¹¹

Развој вансудских механизма за решавање потрошачких спорова не умањује потребу за успостављањем ваљаног и функционалног метода за судско решавање потрошачких спорова јер је право на судску заштиту уставом гарантовано право. У самом ЗЗП изричито је прописано да покретање и вођење поступка за вансудско решавање потрошачког спора, не искључује нити утиче на остваривање права на судску заштиту, у складу са законом” (чл. 135. ЗЗП).

У циљу обезбеђивања адекватне судске заштите права потрошача, новим Закон о парничном поступку, који је по хитном поступку усвојен октобра 2011. године, а ступа на снагу 1. фебруара 2012. године, креиран је нови процесни метод за решавање потрошачких спорова – поступак у потрошачким парницама. Ради се о потпуно новом правозаштитном механизму који домаће процесно право до сада није познавало.

Циљ овог рада је да се презентују и критички анализирају законска правила којима је уобличен посебан парнични поступак за судско решавање потрошачких спорова и укаже на специфичности овог поступка у односу на општи парнични режим, као и на потенцијално спорна питања која се у пракси могу јавити приликом тумачења и примене правила којима је овај поступак уобличен.

су подошење процесно легитимисане организације за заштиту потрошача. ЕУ је изградила ваљану правну инфраструктуру за коришћење овог делотворног процесног инструмента за заштиту права и интереса потрошача. Од посебног значаја су: *Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising*, (OJ L 250 , 19/09/1984 P. 0017 - 0020), *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts* (OJ L 095 , 21/04/1993 P. 0029 - 0034), *Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests* (OJ L 110, 01/05/2009 P. 0030 - 36), *Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive')* (OJ L 149 , 11/06/2005 P. 0022 – 0039).

11 Видети: Станивуковић, М., *Уговори са потрошачима са иностраним елементом – меродавно право и надлежност*, Зборник радова: Зборник радова „Двадесет година Закона о међународном приватном праву” (Мирко Живковић, ур.), Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2004. године; стр. 175.

2. Поступак у потрошачким парницама

Поступак у потрошачким парницама има карактер посебног парничног поступка. Регулисан је тако што је законодавац креирао сет посебних процесних правила садржаних у Глави XXXV ЗПП, у чл. 488-493, под рубрумом „Поступак у потрошачким споровима“. Ова правила имају карактер *lex specialis*. Такав карактер има и изванредан број процесних правила садржаних у ЗПП, на чију примену законодавац упућује у чл. 488. ЗПП. Поред тога, у поступку у парницама за заштиту потрошача сходно се примењују одредбе општег парничног поступка, што је такође прописано у чл. 488. ЗПП.

Регулација поступка у потрошачким парницама мотивисана је потребом да се обезбеди што ефикаснија заштита права потрошача, у складу са европским стандардима у овој области. Пројектовање овог поступка израз је настојања да се поступак у максималној мери прилагоди природи и специфичностима потрошачких спорова, који се, и по свом предмету и по субјектима међу којима настају, разликују од свих других грађанскоправних спорова. Управо због тога, општи парнични поступак, намењен решавању класичних грађанскоправних спорова, није прилагођен карактеристикама потрошачких спорова, тако да је за њихово решавање било потребно креирати специфичан правозащитни метод чија ће примена обезбедити пружање брзе и економичне правне заштите.

3. Потрошачке парнице

У којим потрошачким парницама се може применити посебан парнични поступак регулисано је тако што је законодавац у чл. 488. дефинисао појам потрошачког спора и изричито прописао да се овај поступак не може примењивати за решавање извесног броја потрошачких спорова.

Према одредби из чл. 488. ст. 1. ЗПП, потрошачки спорови су спорови који произлазе из уговорног односа потрошача и трговца. Ради се, дакле, о индивидуалним споровима који настаје приликом склапања и у току реализације потрошачког уговора између потрошача и трговца. Ко је потрошач, а ко трговац и када постоји уговорни однос између њима, дефинисано је чл. 5. ЗПП. Према одредби из чл. 5. т. 1. Закона о заштити потрошача, потрошач је лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности. Трговац је правно или физичко лице које наступа на тржишту у скопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе (чл. 5. т. 2 ЗПП). Уговорни однос између потрошача и трговца је однос који проистиче из потрошачког уговора, а то је, према чл. 5. ст. 3. Закона о заштити потрошача, сваки уговор који уговор који је закључен између трговца и потрошача.¹²

¹² Сагласно ЗПП, потрошачки уговори су уговори о продаји робе, уговори о пружању услуга, укључујући и услуге од општег економског интереса, уговори о продаји на даљину,

У чл. 488. ст. 2. ЗПП искључена је могућност да се извесни потрошачки спорови решавају применом посебног парничног поступка у потрошачким парницама. Ради се о следећим споровима: 1) спор који је настао услед смрти, телесне повреде или нарушавања здравља, спор који је настао у пружању здравствених услуга, 2) спор који је настао у пружању правних услуга и 3) спор који је настао приликом преноса права на непокретностима. Сви ови спорови решавају се по правилима општег парничног поступка јер је законодавац оценио да предмет и значај ових спорова и карактеристике односа у којима настају захтева примену стандардног правозаштитног метода.

Треба приметити да приликом дефинисања појма потрошачког спора који се решава по правилима посебног поступка у потрошачким парницама законодавац није користио вредносни критеријум, тако да се сваки потрошачки спор, изузев оних који су утврђени у чл. 488. ст. 2. ЗПП, може решавати по правилима овог посебног парничног поступка.¹³

Анализа правила ЗПП којима је регулисан потрошачки спор показује да су, у смислу ЗПП, потрошачке парнице само оне парнице у којима се пружа непосредна и конкретна правна заштита када су појединачним радњама, односно пропуштањима страна у потрошачком уговору повређена и угрожана њихова индивидуална права призната ЗПП. Према томе, потрошачким парницама не сматрају се парнице у којима се, по колективној тужби удружења потрошача, односно њихових савеза,¹⁴ пружа посредна и апстрактна заштита потрошача вођењем парница за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким

уговори који се закључују изван пословних просторија, уговори о туристичком путовању и уговори о временски подељеном коришћењу непокретности (тајм-шеринг).

13 Занимљиво је да је законодавац искључио могућност да се потрошачки спорови решавају применом вансудских метода тиме што је прописао да се спор неће сматрати потрошачким спором ако вредност његовог предмета премашује 1.000.000 динара (чл. 132. ст. 2. ЗПП). Према томе, ова категорија спорова није подобна за вансудско решавање, тако да странама у спору стоји на располагању само судска правна заштита.

14 Одредбама чл. 127. ЗПП прописано је да су удружења потрошача и њихови савези удружења основана у складу са законом којим се уређује оснивање и правни положај удружења, а чија је област остваривања циљева заштита потрошача. Они су самостални у остваривању циљева заштите потрошача и дужни су да се руководе искључиво интересима потрошача. Према чл. 129. ЗПП, евиденцију удружења и савеза води Министарство трговине. Право на упис у евиденцију имају удружења и савези који су основани и уписани у регистар у складу са законом којим се уређује оснивање и правни положај удружења, заступају колективне интересе потрошача, штите и унапређују интересе потрошача давањем савета и пружањем помоћи потрошачима у остваривању њихових права, располажу одговарајућим кадровским капацитетима са професионалним знањем и вештинама и имају најмање 50 чланова. Сматра се да удружење или савез заступа колективне интересе потрошача ако се циљ њиховог удруживања или деловања односи на питања од интереса за већи број потрошача.

уговорима¹⁵ и непоштеног пословања (чл. 137-146. ЗЗП).¹⁶ У овим парницама примењује се сасвим други поступак – поступак за заштиту колективних права и интереса грађана,¹⁷ што је у чл. 494. ЗПП изричито прописано.

У парницама за заштиту потрошача тужилац може тражити пружање свих видава правне заштите: кондемнаторну, декраторну и конститутивну заштиту,

15 Неправичне уговорне одредбе у потрошачким уговорима регулисане су у чл. 46-48. ЗЗП. Заком су у посебну категорију издвојене неправичне уговорне одредбе за које се претпоставља да су неправичне ако се не докаже другачије, чиме су, истовремено, установљена посебна правила о расподели терета доказивања како би се тужиоцу олакшало доказивање у парницама за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима. Законска решења резултат су настојања да се у домаћи систем транспонује европска Дикретива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима (*Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC of the Council of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1993:095:0029:0034:EN:PDF>. О садржини ове Дикретиве и њеној имплементацији у домаће потрошачко право, видети: Јовановић-Zatilla, М., *Примена Дикретиве 93/13/ЕЕЗ у потрошачким уговорима*, у: *Право Републике Србије и право ЕУ – стање и перспективе*, тематски зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007., стр. 521-535.

16 Услови и околности под којима се пословање квалификује као непоштено, регулисани су у чл. 20-26. ЗЗП. Сагласно овом члану, пословање је непоштено ако је противно захтевима професионалне пажње, ако битно нарушава или прети да битно наруши економско понашање, у вези с производом, просечног потрошача на кога се то пословање односи или коме је изложен, односно понашање просечног члана групе, када се пословање односи на групу. Непоштеним се нарочито сматра обмањујуће пословање, насртљиво пословање, као и повреда дужности обавештавања у складу са овим законом. Овим законским решењима су у домаћи правни систем интегрисани стандарди европског потрошачког права, утврђени *Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:EN:PDF>.

17 Новим ЗПП, у Глави XXXVI (чл. 494-505), регулисан је поступак за заштиту колективних права и интереса, нови посебан парнични поступак који у домаћем процесном систему до сада није постојао. Регулисање овог поступка резултат је настојања законодавца да поступање у парницама у којима се остварују колективна права и интереси грађана прилагоди природи и садржини предмета ових парница и специфичностима правне заштите која се у њима пружа. С обзиром да је општи парнични поступак, као стандардни и универзални поступак правне заштите, изграђен на индивидуалистичком моделу, он није адекватан за примену у оним парницама у којима треба на апстрактан начин треба заштитити колективна права и интересе грађана, као што су парнице за заштиту животне средине, парнице за заштиту потрошача од непоштеног пословања трговаца, парнице за заштиту од дискриминације групе лица повезаних истим личним својством и др. Због тога је било потребно да се креира специфичан правозащитни метод који би се примењивао у поступцима за пружање правне заштите у случајевима повреде или угрожавања колективних права и интереса грађана. Следећи опште светске и европске трендове у домену заштите колективних (групних) права и интереса, Србија се изградила посебан парнични поступак за заштиту колективних права и интереса грађана, који се одликује низом специфичности у погледу активне процесне легитимације, начина поступања суда и странака, правног дејства пресуде и др.

у зависности од садржине права чију заштиту тражи и правозаштитне потребе која је настала повредом или угрожавањем права тужиоца.

4. Активна и пасивна процесна легитимација

Активна процесна легитимација, тј. овлашћење на покретање поступка у потрошачкој парници признато је само лицу које тврди да је страна потрошачког уговора поводом кога је спор настао. У улози тужиоца редовно се јавља потрошач, али се може јавити и трговац. Као пасивно процесно легитимисано лице редовно се јавља трговац, али то може бити и потрошач, када је парницу покренуо трговац.

Удружења за заштиту потрошача и њихови савези нису овлашћени да покрену поступак у потрошачкој парници у своје име, уз сагласност потрошача. Они су активно легитимисани само у парницама за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања, које се покрећу колективном (организациском) тужбом за заштиту потрошача.¹⁸ Упркос томе што се у парницама за заштиту потрошача штите и остварују индивидуална права и интереси потрошача, чини се да искључивање могућности да ове парнице покрећу удружења потрошача и њихови савези, уз сагласност потрошача, није најбоље законско решење. Наиме, евидентно је да између потрошача и трговаца постоји велики разлика у моћи и ресурсима којима располажу и да су потрошачи у неравноправном положају, имајући у виду њихово знање и искуство у вођењу парница и могућност да претходно снесе трошкове поступка и прихвате финансијски ризик губитка парнице. Због тога постоји реална опасност да многи потрошачи неће бити у стању да користе судски механизам за заштиту својих права,¹⁹ што може негативно утицати на могућност сузбијања противправног понашања трговаца. Томе ће, свакако

¹⁸ О колективним тужбама као инструментима за заштиту колективних (групних) и дифузних права и интереса, видети: Трива, С., Дика, М., *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 2004., стр. 823-830; Томљеновић, В., *Групе тужбе – учинковита правна средства заштите потрошача у поредбеном праву*, у: Еуропско правосудно подручје у свјетлу приступа Републике Хрватске Еуропској унији, Весна Томљеновић, Едита Чулиновић Херц, Влатка Буторац (ур.), Правни факултет у Риједи, Ријека, 2008; Јанићијевић Д., *Решавање тзв. класних спорова у парничном и арбитражном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLVII, 2006.

¹⁹ Ове околности су од значаја и за сагледавање могућности потрошача да приступе суду. Право на приступ суду (аццес то цоурт), које чини саму срж права на правично суђење. Наиме, у сагледавању услова за оствривање овог права треба имати у виду домете права на правну помоћ и саветовање, али и друге услове који обезбеђује да сваки правни субјект може ефективно да остварити своје право на судску правну заштиту, као што су: транспарентност судских поступака, информисанот о правозаштитним механизмима, трошкова поступка и др. Видети: Петрушић, Н., *Право на приступ суду у светлу новог ЗПП*, у: Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије,

допринети и нова законска решења о заступању странака у парници. Наиме, према новом ЗПП, вољни заступници странака у парници могу бити искључиво адвокати, тако да не постоји могућност да потрошача као тужиоца у парници заступа неко друго лице (нпр. члан удружења за заштиту потрошача који познаје потрошачко право).²⁰ Имајући у виду потребу за установљавањем делотворне судске заштите права потрошача, чини се да је у постојећим околностима било потребно да се активна процесна легитимација у потрошачким парницама призна и удружењима потрошача, односно њиховим савезима, при чему би покретање потрошачке парнице било условљено сагласношћу самог потрошача, уз искључивање могућности да траже накнаду штете.²¹

5. Карактеристике поступка

Поступак у потрошачким парницама је посебан парнични поступак чија је најбитнија одлика његова сумарност. Приликом обликовања овог поступка, законодавацу су за узор очигледно послужила правила маличног поступка јер многе процесне ситуације на истоветан начин регулисане.

Поступак у потрошачким парницама заснован је на стандардним начелима парничног поступка, с тим што су поједина од ових начела другачије конкретизована како би се остварили одређени циљеви.² Законодавац је настојао да странке подстакне на благовремено предузимање парничних радњи и спечи сваку опструкцију поступка како би обезбедио брзо и економично решавање

(ур. Невена Петрушић), књ. 1, тематски зборник, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007., стр. 161-180.

20 **Одредбом** из члана 85. ст. 1. Закона о парничном поступку предвиђено је да странке могу да предузимају радње у поступку лично или преко пуномоћника, с тим што пуномоћник странке може бити искључиво адвокат. У ситуацији када у Србији још увек није успостављен целовит, функционалан и делотворан систем бесплатне правне помоћи, увођење ограничења у погледу избора пуномоћника искључиво из реда адвоката доводи до тога да ће многа сиромашна лица која немају средстава за плаћање адвокатских услуга, а која нису у стању да лично предузимају парничне радње (због слабог образовања, неписмености, немогућности да физички приступе суду услед инвалидитета и сл.), фактички бити онемогућена да остваре право на приступ суду.

21 **Такво решење** је, нпр., прописано у погледу покретања поступка за заштиту од дискриминације. Према чл. 46. Закона о заштити од дискриминације ("Сл. гласник РС", бр. 22/2009), тужбу за заштиту од дискриминације одређеног лица може покренути и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица, уз сагласност дискриминисаног лица, с тим што у овој парници не може тражити накнаду материјалне и нематеријалне штете. Детаљно: Водинелић, В., Видети: Водинелић, В., *Тужбе за заштиту од дискриминације*, у: Антидискриминационо право, Водич, Гајин, С. и други (ур. Саша Гајин), Центар за унапређење правних студија, Београд, 2008, стр. 29-50); Петрушић, Н., *Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана*, у: Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, тематски зборник радова. св. 2., Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2010., стр. 157-170.

потрошачких спорова. Ради остваривања овог циља прописана су многа посебна процесна решења која представљају одступања од опште парничне процедуре.

Пре свега, одредбама ЗПП изричито је прописано да се у поступцима у потрошачким спровима тужба не доставља на одговор. Туженом се тужба доставља уз позив за главну расправу, а припремно рочиште се не заказује и не одржава. (чл. 498, ст. 1-3). Рок за заказивање и одржавање рочишта за главну расправу износи 30 дана.

Прописани су, такође, и специфични елементи које треба да садржи позив за главну расправу. Овај позив треба да садржи не само упозорења о последицама пропуштања, већ и обавештења о специфичним правилима која се у овом поступку примењују. Према изричитим прописима из чл. 490. ЗПП, позив за главну расправу треба да садржи следећа упозорења и обавештења: 1) да ће се сматрати да је тужилац повукао тужбу ако не дође на рочиште за главну расправу, 2) да ће суд, за случај да тужени изостане са рочишта за главну расправу, да одржи рочиште у његовом одсуству и донесе пресуду на основу утврђеног чињеничног стања, 3) да су странке дужне да све чињенице и доказе изнесу до закључења првог рочишта за главну расправу, 4) да у жалби против пресуде не могу да се износе нове чињенице и предлажу нове доказе, 5) да одлука може да се побија само због апсолутно битних повреда одредаба парничног поступка (чл. 374. ст. 2. ЗПП) и због погрешне примене материјалног права.

Одредбом чл. 491. ЗПП регулисане су последице пропуштања рочишта за главну расправу, о којима је суд упозорио странке. Ова правила су у функцији остваривања процесне дисциплине у поступку и подстицања странака да активно учествују у поступку како би се потрошачки спор што пре решио. У ст. 1. овог члана прописана је фикција о повлачењу тужбе тако што је прописано да се у случају изостанка уредно позваног тужиоца са рочиште за главну расправу сматра да је повукао тужбу. Овим правилом је прописана санкција за неактивног тужиоца, који је својим изостанком манифестовао да нема интерес да расправља пред судом и допринесе доношењу мериторне одлуке.

У чл. 491. ст. 2. ЗПП регулисане су специфичне последице изостанка туженог са рочишта за главну расправу. У том случају суд ће, ако утврди да је тужени уредно позван, одржати рочиште и одлучити о основаности тужбеног захтева на основу расположивог процесног материјала - чињеница које су до тада изнете у поступку и доказа који су до тада изведени.²²

22 Према новом ЗПП, у поступку који се води по правилима општег парничног поступка изостанак странака изазива другачије последице. Наиме, у чл. 311. ст. 1. ЗПП прописано је да ће се расправа одржати са присутном странком, ако друга странка изостане са главне расправе, а изостанак не оправда. Странка која не дође на рочиште за главну расправу, упркос уредном позиву суда, сама себе је лишила могућности да расправља пред судом, омогућивши противној странци која се одазвала позиву да користи то процесно овлашћење.

Законодавац није искључио могућност доношења мериторне одлуке у случају изостанка туженог са првог рочишта за главну расправу. Због тога се може догодити да суд мериторну одлуку у потрошачкиј парници донесе само на основу чињеница наведених у тужби и чињеница које је присутни тужилац изнео на првом рочишту за главну расправу и доказа који су, у одсуству туженог, изведени на главној расправи. У таквом случају не постоји потреба да суд решењем одређује временски оквир за спровођење поступка, којим утврђује број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимања других процесних радњи, судске рокове, као и укупно време трајања главне расправе (чл. 308. ЗПП).²³ Задатак суда је да одржи рочиште, на коме ће присутни тужилац сам расправљати пред судом, и да на основу расположивог процесног материјала донесе пресуду којом тужбени захтев усваја, односно одбија.

Законско решење којим је прописана могућност да суд у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу мериторно одлучи на основу расположивог процесног материјала представља одступање од општих процесних правила којима је регулисан изостанак туженог са рочишта. Наиме, новим ЗПП прописано је да у парницама у којима туженом тужба није достављена на одговор суд доноси пресуду због изостанка којом усваја тужбени захтев у случају да тужени који је уредно позван изостане са припремног рочишта или на првом рочишта за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано, ако су за доношење ове пресуде испуњени законски услови.²⁴

23 Једна од крупних процесних иновација новог ЗПП из 2011. године огледа се у прописивању дужности суда да претходно одреди временски оквир поступка и да га спроведе у оквиру овог временског оквира, без одуговлачења. Правило о одређивању временског оквира поступка треба да унесе извесност у дужину трајања поступка и да допринесе остваривању права на суђење у разумном року. Овакво законско решење је израз је настојања законодавца да повећа ефикасност и експедитивност судског поступка јер је увидом у пресуде Европског суда за људска права донетих против Републике Србије утврђено да се највећи број њих односи управо због повреду начела суђења у разумном року. Утврђивање временског оквира подразумева израду ваљаног временског плана рада, за чију је припрему потребно добро проучити и правно квалификовати спорну ствар, извршити ваљану тријажу процесног материјала, одвојити спорне од неспорних чињеница, одлучити о томе који ће се докази извести ради утврђивања релевантних чињеница, испланирати време које је оптимално потребно за предузимање појединих радњи у поступку и сл. Приликом одређивања временског оквира, суд мора водити рачуна о потреби да се поступак спроведе тако да се рационално користе људски рад, време и новац, при чему не сме доћи до повреде права која странкама припадају у поступку, нити до угрожавања могућности доношења правилне и законите одлуке.

24 Нови ЗПП је реafirмисао пресуду због изостанка, традиционалну установу домаћег процесног система, чије је доношење ЗПП из 2004. године било ограничено само на поступак у парницама о споровима мале вредности. Према чл. 351. новог ЗПП, пресуда због изостанка доноси се ако је тужени, који је уредно позван, изостао са припремног односно првог рочишта за главну расправу а поднеском није оспорио тужбени захтев, под условом

Законодавац није прописао посебно правило о последицама изостанка обеју странака са рочишта за главну расправу, тако да се примењује опште парнично процесно правило из чл. 311. ст. 2. ЗПП, којим је прописано да се тужба сматра повученом ако са рочишта за главну расправу неоправдано изостану обе парничне странке. Исте последице настају и ако присутни тужилац и тужени одбију да расправљају.

Пошто закључи главну расправу, суд доноси пресуду, коју је дужан да одмах објави.²⁵ Једна од специфичних дужности суда у овом поступку огледа се у томе што је приликом објављивања пресуде дужан да је укратко образложи и да поучи странку о условима под којима може да изјави жалбу. Сагласно томе, суд је дужан да странке поучи о разлозима за изјављивање жалбе и о року у коме то могу учинити, што засведочава записником. Занимљиво је да законодавац ову дужност поучавања није ограничио на неуке странке.

У поступку у потрошачким парницама образложење писмено израђене пресуде је сумарно и садржи само оне елементе који су утврђени у чл. 492. ст. 2. ЗПП: опис утврђеног чињеничног стања, означавање доказа на основу којих је оно утврђено и навођење прописа на којима је суд засновао пресуду.

У поступку о потрошачким споровима странка може да тражи доношење допунске пресуде ако је суд пропустио да одлучи о свим захтевима или о делу захтева у року од осам дана.²⁶ Рок за добровољно испуњење (парциони рок) такође износи осам дана.²⁷

6. Правни лекови

Разлози за жалбу против пресуде и жалбу против решења којим се поступак у потрошачким споровима окончава редуцирани су. Ове одлуке се могу побијати само због апсолутно битних повреда одредаба парничног поступка²⁸ и због погрешне примене материјалног права.²⁹ Пошто је искључена је могућност да странке нападају одлуку због погрешно или непотпуно утврђеног

да основаност тужбеног захтева произлази из чињеница наведених у тужби, да чињенице на којима се заснива тужбени захтев нису у супротности са доказима које је сам тужилац поднео или са чињеницама које су општепознате и да не постоје општепознате околности због којих тужени није могао да дође на рочиште.

²⁵ Чл. 492. ст. 1. ЗПП.

²⁶ Према правилима општег парничног поступка из чл. 356. ст. 1. ЗПП, странке могу да траже доношење допунске пресуде ако је суд пропустио да одлучи о делу захтева или о једном од више истакнутих захтева, и то у преклузивном року од 15 дана од дана пријема пресуде. У поступку у потрошачким парницама овај рок је скраћен и износи осам дана (чл. 493. ст. 4. ЗПП).

²⁷ Чл. 493. ст. 4. ЗПП.

²⁸ Апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка регулисане су у чл. 374. ст. 2. ЗПП.

²⁹ Чл. 493. ст. 1. ЗПП.

чињеничног стања, у жалби се не могу износити нове чињенице и докази у погледу меритума (*beneficium novorum*). То је још једно од одступање од општег парничног поступака, у коме се постоји могућност да жалилац у жалби изнесе нове чињенице и предложи нове доказе ако учини вероватним да до закључења главне расправе то није могао да учини без своје кривице (чл. 372. ЗПП).

Рок за жалбу против пресуде и жалбу против решења којим се поступак окончава, који износи осам дана. Рок се различито рачуна: ако је одлука објављена, рок се рачуна од дана објављивања пресуде, односно решења, а ако је достављена странци, рок се рачуна од дана достављања.

Једна од карактеристика поступка у потрошачким парницама огледа се у томе што је посебна жалба дозвољена само против решења којим се окончава поступак, а то су решења којим се тужба одбацује или којима се поступак обуставља због фикције о повлачењу тужбе.³⁰ Остала решења против којих је дозвољена посебна жалба могу да са побијају само жалбом против одлуке којом се поступак окончава.³¹ Према изричитом законском пропису, решења којима се не окончава поступак, а против којих је допуштена посебна жалба, не достављају странкама, већ се објављују на рочишту и уносе у писани састав одлуке.³²

7. Трансформација поступка

Једна од специфичности поступка у потрошачким парницама огледа се у могућности његове трансформације у општи парнични поступак. Наиме, одредбом чл. 488. ЗПП, суд је овлашћен да донесе одлуку да се поступак у потрошачком спору настави по правилима општег парничног поступка. Ову одлуку о трансформацији поступка, која има форму решења, суд доноси ако оцени да због сложености предмета поступка или предложених доказа потрошачки спор не би могао да се расправи ако би се поступак и даље водио по правилима посебног поступка у потрошачким споровима. Странке не могу својим противљењем да спрече доношење одлуке о трансформацији поступка у општи парнични поступак, а ЗПП изричито је прописано да против решења којим суд налаже да се поступак у коме се решава потрошачки спор настави по правилима опште парничне процедуре није дозвољена жалба.³³

8. Уместо закључка

Новим Законом о парничном поступку регулисан је посебан парнични поступак у потрошачким парницама, као посебан правозаштитни метод за

30 Чл. 492. ст. 3. ЗПП.

31 Чл. 492. ст. 4. ЗПП.

32 Чл. 492. ст. 5. ЗПП.

33 Чл. 488. ст. 3. ЗПП.

решавање потрошачких спорова. Овај парнични поступак намењен је решавању индивидуалних потрошачких спорова који настају у уговорном односу између потрошача и трговца у вези са правима и обавезама које из тог уговора настају. Поступак је креиран с очигледном намером да решавање потрошачких спорова буде што ефикасније, експедитивније и економичније.

Примена поступка у потрошачким парницама започеће ступањем на снагу Закона о парничном поступку, 1. фебруара 2011. године. Тек ће правна пракса, као коначни евалуатор и верификатор свих нормативних иновација, коју треба континуирано пратити и анализирати, показати да ли ће поступак у потрошачким парницама бити шире примењиван и да ли ће он, овако како је пројектован, бити верификован као ефикасан и делотворан механизам за судско решавање потрошачких спорова. Због тога у овом тренутку није могуће дати коначну, валидну и научно засновану оцену овог новопроектваног парничног поступка, упркос томе што је нормативна анализа, чији су резултати у раду презентовани, показала да поједина законска решења нису сасвим одговарајућа и да постоје извесна спорна правна питања која у пракси могу изазвати проблеме у тумачењу и примени прописа.

Prof. Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

THE PROCEEDING IN CONSUMER-RELATED LAWSUITS UNDER THE NEW CIVIL PROCEDURE ACT

Summary

In this article, the author deals with the proceeding in consumer-related lawsuits. This kind of proceeding is a completely new method of legal protection which is regulated by the new Civil Procedure Act of 2011. The author examines the difference between consumer-related lawsuits providing direct and specific protection to consumers in case of a violation or endangerment of individual rights and interests of a single consumer and the consumer-related lawsuits providing for indirect and abstract protection of consumers' collective rights and interests. The author has analyzed all the specific characteristics of the litigation proceeding in consumer-related lawsuits and pointed to some inadequate legal solutions and potentially disputable issues which may appear in practice in the course of interpreting and applying the provisions which have shaped this kind of proceeding.

Key words: *consumer dispute, lawsuit, proceeding in consumer-related lawsuits.*

ВАЖЕЊЕ ПО ЗАКОНУ СИЛЕ ИЛИ ЕТАТИСТИЧКА ТЕОРИЈА ВАЖЕЊА ПРАВНЕ НОРМЕ

Апстракт: Проблем важења правних норми спада у ред фундаменталних правних питања не само спекулативне правно теоријске и филозофско правне мисли, већ и свакодневне и свеколике правне праксе. У раду скрећемо пажњу на схватање по коме се важење правне норме везује за државу и од ње се не може одвојити, односно на једну тезу, која је дубоко укоренења у етатизованом тумачењу важења права, а то је да Право, односно правне норме, важе по закону силе. Сила се данас не може тумачити уско и то само као физичка сила, односно само као екстерни фактички ауторитет персонификован у држави, већ и као моћ појединаца са јавним функцијама, политичка елита моћи, моћ сваке врсте, која стоји из сенке и чува своје привилегије и интересе намећући их системски кроз систем државни али и систем нормативно правни, које је моћна (силна) државно политичка елита, створило и непрекидно га обликује, моделира према својим интересима очувања и јачања моћи. Конструкција „по сили закона“ у свести етатизованих силника се тумачи као директна и аутоматска примена закона на конкретан случај. То је став да је закон све, а живот онакав како га интерпретирају силници закона. Закон, конструкцијом „по сили закона“, шаље поруку да му конкретна норма и конкретан правни акт, који подразумева образложење, уопште не треба. Закон је свемоћан и свеобавезујући да је довољно изговорити чаробне речи „по сили закона“ па да је то свима јасно и да се ту више нико не пита јер ко је јачи од закона и силника законских!

Кључне речи: важење правне норме, теорија силе, етатистичка теорија.

1. Проблем који то неће да буде...

Проблем важења правних норми спада у ред фундаменталних правних питања не само спекулативне правно теоријске и филозофско правне мисли, већ и свакодневне и свеколике правне праксе. Многобројни приступи и концепције формиране су у различитим политичким, историјско-културним и филозофским амбијентима, који их предметно (позитивно право или природно право) и методолошки детерминишу, па тиме и садржински уобличавају. Постоје различита схватања важења правне норме од нормативистичких до фактицистичких, од идеалистичких до реалистичких. Ми полазимо од става да је важење правне норме иманентно својство норме, које је везано за природу норме. Правна норма је идеална појава и њено важење представља једно идеално требање и живот норме, која је одвојена од државе.¹ Ово је у основи Келзеново нормативистичко схватање важења.

Међутим, у раду скрећемо пажњу на схватање по коме се важење правне норме везује за државу и од ње се не може одвојити. Многе правне норме свакодневно трпе критику различите врсте, да су неправедне, неморалне, нејасне и контрадикторне, језички непрецизне или прешироке, да су неприхватљиве или да се непримењују, па су због тога постале „мртво слово на папиру“, итд. Да ли су због свих наведених разлога критике правне норме тиме изгубиле своју правну обавезност или важење? Из тог кошмара идеја и аргумената *pro et contra* још више сужавамо ствари и скрећемо пажњу на једну тезу, која је дубоко укорењена у етатизованом тумачењу важења права, а то је да Право, односно правне норме, важе по закону силе.

Сила се данас не може тумачити уско и то само као физичка сила, како је то чинила класична, а касније и марксистичка теорија права (тзв. монопол физичке силе). Сила која стоји иза права је и даље везана за државу и њене институције. Међутим, она се у XXI веку тумачи најшире и то не само као екстерни фактички ауторитет персонификован у држави, већ и у моћи појединаца са јавним функцијама, политичкој елити моћи, моћи сваке врсте која стоји у сенци и чува своје привилегије и интересе, намећући их системски кроз систем државни, али и систем нормативно правни. Оба система (реална државна сила и идеална правна регулатива заповедања) је моћна (силна) државно политичка елита, створила и непрекидно га обликује (реконфигурира) моделира према својим интересима очувања и јачања моћи, у духу Ничево „борбе за моћ“, односно моћнији живот!

Елем, ако правне норме важе због моћне силе која стоји и обезбеђује примену нормативних требања, онда принцип или закон важења постаје трансформисан у закон силе као реалан притисак моћи институција и

¹ Стеван Врачар, *Норма и друштвена стварност*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/1964, стр.107.

појединаца, којима је „сила“ на располагању и који је користе за своје интересе. Етатистичка или императивна теорија је темељ оваковог концепта важења по закону силе. Супротан и модеран је концепт да норме важе по сили закона, где се извор обавезности нормативних исказа пребацује из реалног света у свет нормативних исказа који су хијерархијски надређени и у закону су лоцирани. Овај нормативистички концепт је прихватљив само под условом да се сила не претвара у закон, а закон прикрива силу. Конструкција „по сили закона“ у свести етатизованих силника се тумачи као директна и аутоматска примена закона на конкретан случај, а да се исти не тумачи у циљу примене на конкретну и увек другачију стварност. То је став да је закон све а живот онакав како га интерпретирају силници закона. Закон конструкцијом „по сили закона“ шаље поруку да му конкретна норма и конкретан правни акт, који подразумева образложење, уопште не треба. Закон је свемоћан и свеобавезујући да је довољно изговорити чаробне речи „по сили закона“ па да је то свима јасно и да се ту више нико не пита јер ко је јачи од закона!

2. Поновно читање етатистичке теорије важења!

Етатистичка теорија важења, позната као теорија силе или императивна теорија, питање важења правних норми објашњава помоћу империјума државе и њене ефективне моћи да наметне постојећу правну регулативу правним субјектима, појединцима, правним лицима и институцијама. При томе, треба правити разлику између наметања правне регулативе или објективног права од наметања правних „решења“ или конкретних интерпретација објективног права, односно наметања појединачних норми. У крајњој линији, друго се своди на прво.

Држава се, у контексту етатизованог промишљања правног феномена и њених института, схвата као „организација силе“, створена ради доминације на одређеној територији, а Право и његове норме као израз државне моћи и средство државне контроле.² Теорија силе у моћи суверена (државе) види главни, ако не и искључиви извор важења правне норме. У савременом контексту, ко је персонификација државног суверена? Председник државе, краљ, цар, Парламент или Влада, владајућа политичка странка или њихова коалиција, државна безбедност и прикривени извори моћи...заправо ко је суверен у националном државном амбијенту?

Схватање да су закони императивни изрази воље иза којих стоји принуда и да „*auctoritas, non veritas, facit legem*“ потичу у правној теорији још од античких, нарочито римских теоретичара, догматичара. Ово схватање даје разрађује класична правна теорија и то у два основна правца. Један је везан за европску,

² Никола Висковић, *Појам права*, Сплит, Логос, 1981, стр. 26, Густав Радбрух, *Филозофија права*, Номос, Београд, 1980, стр. 104.

углавном немачку правну теорију (R. Jhering, L. Gumplowics, W. Sauer, E.I. Bekker и др.) а други за англосаксонску правну теорију (Т. Hobbes, J. Betham, I. Austin). Према схватању наведених теоретичара, Право је „скуп принудних норми које у држави важе“.³ Правне норме су важеће (обавезне) само ако су проглашене од стране суверена, односно само ако им је владајући слој у форми прописа дао (подарио) важење. Традиционална схватања, тако говоре о праву као скупу норми које су осигуране силом, које важе и обавезују уз помоћ силе државе.

У новије време постоје схватања (Н. Kelsen, К. Olivekrone, А. Ross, N. Bobio) по којима се сила (принуда) сматра битним садржајем правних норми (санкција) а не елементом који подупире правне норме споља.⁴ Правне норме су оне норме које садрже „узорак понашања за примену силе“, оне „дисциплинирају примену силе“, регулишући ко, када, како и колико може применити државну принуду.

Позитивистичко-етатистичка схватања проблема важења правне норме, полазе од става да је држава творац правних норми, које се схватају као дужности, заповести и наредбе. Оне изводе свој ауторитет и „обавезну снагу“ искључиво или бар углавном из ефективне снаге којом држава располаже, с тим да је ова може и реализовати.⁵ Правне норме не могу постојати и важити независно од државе или санкција, која чини „неужан елемент у правној структури“.⁶ Да би једна норма могла важити као правна, потребно је да је призна државна власт. Норме немају, дакле, снагу права и својство важења саме по себи. Норме своје важење заснивају на сили, односно санкцији и својој принудљивости, јер својство важења правним нормама даје држава. Без принудљивости и државних санкција, које се стављају у изглед, нема важеће правне норме.

Представници теорије силе на тај начин стављају знак једнакости између „важења“ правних норми и њихове „изнудљивости“. Правне норме важе зато што се њихово важење може изнудити принудним средствима, дакле због силе која их прати, било као средство, било као њихова садржина. Обавезна снага правних норми долази отуда што њихово важење држава изискује од појединаца и институција и што повреде нормативног поретка не оставља без санкција.⁷

Поједина етатистичка схватања имају догматско легалистички карактер јер искључиво у моћи суверена и државној принуди виде основ важења правних

³ Рудолф Ихеринг, *Циљ у праву*, св. II, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд, 1894, стр. 220.

⁴ Ханс Келсен, *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 42.

⁵ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Номос, Београд, 1980, стр. 108.

⁶ Ханс Келсен, *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 41.

⁷ Слободан Јовановић, *Држава I*, Геца Кона, Београд, 1936, стр. 95.

норми. Важећа је само она правна норма која је прописана и санкционисана од стране државе, дакле, коју држава једноставно наређује, нормативно задаје, прописује, без обзира да ли се правне норме ефективно поштују и стварно примењују у друштву. С друге стране, постоје етатистичка схватања која силу и државну санкцију не схватају догматски и апстрактно већ као средство (инструмент) које ће, у крајњој линији, обезбедити важење правним нормама. Важеће су само оне правне норме „које држава успева и да оствари у друштву, дакле, да им обезбеди примену, ефикасност. Норме које она нареди као обавезне, а које се не остварују нису уопште право“.⁸ Значи да неефикасне државне заповести нису правно важеће без обзира на вољу државне власти јер право јесу правила понашања која се стварно „изнуђују“ од стране државне власти, а не она која се евентуално могу „изнудити“.⁹

На основу реченог произилази да етатистичка теорија важења правних норми у крајњој линији, „оно што треба“, изводи из „оног што јесте“. То по неким правним теоретичарима (нормативисти) представља погрешан методолошки поступак јер се из реалности не може извести никаква вредност, нити из „онога што јесте“, из снаге чињеница може произаћи нека дужност – „требање“. Јер ако би тако било, односно ако би обавезна снага правних правила почивала на државној сили, онда би се читаво право сводило на право јачег, право победника, тј. принуди јачег победника.¹⁰ Правно важење, према представницима императивне теорије, претпоставља постојање ауторитета, који је нешто фактичко и спољно. Државни ауторитет и принуда су крајњи извори важења правних норми. То је крајњи закључак ове теорије која трпи многе приговоре.

Један од приговора овој концепцији важења је да заповести и сила представљају само вољу и хтење њених творца и да оне на страни адресата „могу евентуално произвести неко морање али не и неко требање, можда послушност, али никако обавезу на послушност“.¹¹ Обавеза, дакле, не може бити наметнута пуком принудом, као што ни било коме не припадају било каква права над својим суграђанима на темељу чињеница да над њима има моћ.¹²

Други приговор императивној теорији важења лежи у чињеници да се многе правне норме остварују и врше добровољно без ангажовања државе, односно њеног ауторитета и принуде. Постоји опште добровољно придржавање нормама јер адресати норми врше верујући у оправданост и исправност њихове садржине,

8 Радомир Лукић, *Теорија државе и права* II, Научна књига, Београд, 1954, стр. 29.

9 Ханс Келсен, *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 36.

10 Чедо Марковић, *Грађанско право* I, Геце Кона, Београд, 1928, стр. 26.

11 Густав Радбрух, *Филозофија права*, Номос, Београд, 1980, стр. 104.

12 Миомир Матуловић, *Језик, право и морал*, ИЦР, Ријека, 1986, стр. 209.

па испада да многим правним нормама санкција (принуда) није неопходна, нужна.

Трећи приговор се састоји у томе да има случајева када санкција уопште није предвиђена правном нормом. У сваком правном поретку постоје норме без санкција. Дакле, државна принуда је тако „мало потребна, да често стварно не постоји“¹³ и то било као средство, било као нормативна садржина (материја).

Четврти приговор се може означити као „разлог бесконачног низа“, односно „бесконачни низ санкција“.¹⁴ Наиме, ако је једна норма (примарна норма) правно важећа само зато што је санкционисана, онда и норме које регулишу санкцију (секундарне норме), да би биле важеће морају бити санкционисане, итд. све до врха правног поретка, где санкција не постоји јер је немогућа.

Схватање које важење правних норми оснива на спољашњем притиску државе или другим речима по закону силе, доводе до тога да норме важе само у границама принудне моћи државе. Важење правне норме зависи од тога да ли је и колико држава у стању да њихово вршење изнуди. Дакле, правне норме не би могле да важе тамо где нема силе државе иза ње. У том смислу, могуће је учинити још један приговор етатистичкој теорији силе јер су могуће насилне повреде правног поретка које остају без санкција. Дакле, државна принуда није у сваком случају успешна, па из тога следи да ако правна норма важи само по закону силе, односно зато што иза себе има неку силу, она неће важити ако та сила изневери, ако се не активира или не реализује у случају непоштовања норме. Норма која је своју снагу обавезивања црпила на ауторитету реалне силе, па је иста изостала, мора да рачуна да ће је и убудуће људи избегавати јер ће слабити психички осећај страха од санкције. Тај страх од санкције је субјективна пројекција реалног закона силе у свести адресата. „Закон који би имао дејства само докле је ту бич, постао би немоћан свагда, када не би било бича на догледу и све друштво без изузетка заузело би спрам правног поретка исти положај који данас заузима један мали део истог, кога бојазан од казне зауздава, тј. злочинци.“¹⁵ „Право које би се држало само на државној принуди било би врло немоћно, а та принуда би се тада претворила у голо насиље“.¹⁶ Важност правних норми, према томе, „не би било ништа више и ништа другачије, него важност какве било принуде или насиља“¹⁷

13 Norberto Bobbio, *Pravo i sila*, Ogledi, br. 1, Split, 1984, стр. 128, 130.

14 Ханс Келсен, *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 41.

15 Рудолф Ихеринг, *Циљ у праву*, св. II, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд, 1895, стр. 7.

16 Радомир Лукић, *Појам права*, Београд, стр. 14.

17 Слободан Јовановић, *Држава I*, Геца Кона, Београд, 1936, стр. 93.

Етатистичка теорија важења, такође не успева да направи разлику између појма „обавезе“ и појма „бити приморан“.¹⁸ „Право, иако је инструмент класне принуде, не може се свести на принуду. Оно није истовјетно с принудом, али без принуде не може постојати. Право је аутономно и хетерономно у исти мах“.¹⁹ Према томе, у праву поред принуде постоји још један елемент који је супротан принуди, а то је уверење. Најзад, анализа самог појма силе, доводи до закључка да „свеколика сила почива на томе да је признају они који су јој почињени, па било то признање добровољно или против воље“.²⁰

Важење правних норми не значи да су оне прописане од стране државе и да оне својом санкцијом приморавају адресате на њихово вршење, нити пак значи да већина правних субјеката на које се норме односе, те норме осећају као своје унутрашње обавезе. Важење правних норми значи да оне треба да се поштују и да људи треба да се понашају у складу са правним нормама. С друге стране, тачно је да постоје многобројни чиниоци који утичу на важење правне норме, као што су морална исправност њене нормативне садржине код њених адресата или морална прихватљивост, моралност права, затим, држава као претежни и доминантни творац правних норми и њен ауторитет фундиран на монопољу силе, стварно понашање судова и других правосудних органа у ефикасној примени права, али и других државних органа и осталих правних субјеката, и др. Међутим, важење правних норми утемељено је на једној претпостављеној колективној свести, коју је Келзен назвао пранорма илиgrundnorma, а која гласи да право треба поштовати. Право треба поштовати, али не као догму већ кроз нужно креативан и професионално одговоран чин судске и управне праксе примене закона на конкретно сложену и живу стварност.

3. Важење „по сили закона“

У том контексту остајемо збуњени, а затим запрепашћени у судару на језичку конструкцију, којом се један нормативан исказ императивно намеће и тежи да буде примењен по сили закона. Та империја моћи утеловљена у закону и сили његовог величанства закона, сматра да је закон тај који треба да буде непосредно примењен без тумачења и довођења у везу са околностима конкретног случаја. Није нам потребан појединачан правни акт, а то значи његово образложење као битан саставни део акта. Закон је толико сиљан да та сила закон непосредно импутира у стварност, чија сложеност и компликована животна реалност, ту законску норму чини више неупотребљивом него привремено прагматично употребљивом. Конструкција „по сили закона“ тако постаје на истој линији са империјалистичким теоретичарима који у сили виде

18 Ј.Б.Пашуканис, *Опита теорија права и марксизам*, Совјетска теорија права, Глобус, Загреб, 1984, стр. 220.

19 Живко Анзуловић, *Право и сила*, Огледи, бр. I, Сплит, 1984, стр. 140.

20 Густав Радбрух, *Филозофија права*, Номос, Београд, 1980, стр. 105.

основ важења. Разлика је што је та њихова сила интериоризована у нормативни систем који их чува и који они чувају по сили закона. На тај начин, важење норме „по сили закона“ је исто што и важење „по закону силе“.

Овај окамењен империјани концепт важења правне норме, који је маскиран тобожњом нормативистичком теоријом Ханса Келзена, само је његова вулгарна копија. Заправо, државно партијска елита, као модерни монополиста физичке силе, у жељи да спречи тумачење закона и доношење конкретних правних одлука са образложењем, а што претпоставља недостајућу правну „памет“ да се прикрију стварне намере и интересне позиције, маше чаробном фразом „по сили закона“ која се тако огољује и стварно показује као „закон силе“. Тако смо сведоци и савременици повампириених политичких силника, који су једну скоро и недавно заборављену концепцију важења креативно учинили животном у мутатној и опаснијој форми.

Peca Dimitrijević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

VALIDATION BY LAW OF FORCE OR ETATIST THEORY OF VALIDITY OF LEGAL NORMS

Summary

Problem of legal norms validity is one of the fundamental legal issues not only of speculative legal theory and legal philosophy, but also of everyday and overall legal practice. In this paper we draw one's attention to the notion which inseparably connects validity of legal norms with a state, and to a thesis, which is deeply rooted in the etatist interpretation of legal validity, that that legal system and legal norms are valid by force of law. The force is not to be constructed narrowly and only as a physical force, or in fact just as an external authority personified by a state, but as a power of public officials, political elite power, power of every kind, which stands in the shadows and keeps its privileges and interests by imposing them through a system of government and through normative legal system, that is created by a powerful (strong) national political elite, and continuously shaped according to their interest of preserving and strengthening own power. Construction "by force of law" in the minds of etatist tyrants is interpreted as a direct and automatic application of the law on actual case. It is an attitude that law is everything and life is only what is interpreted by the etatist tyrants. By using the construction "by force of law" legal system sends a message that actual norm and act (legal document), which includes an explanation, are not need. The law is all-powerful and binding to all and it is enough to say the magic words "by force of law" and after that everything is quite clear and there is no one else to ask any further questions, because no one is stronger than terrible laws and etatist tyrants!

Key words: *validity of legal norms, theory of force, etatist theory.*

ЕВРОПСКА РОМАНИСТИКА У СЛУЖБИ АНТИФЕМИНИЗМА

Прилог разбијању предрасуда о положају жене у старом Риму

Апстракт: Рад садржи сумарни осврт на институте који се традиционално тумаче као израз потпуне обесправљености жене у првим вековима Рима и њене апсолутне подређености мушкарцу. Таква тумачења су остала и онда када је уочена врло уважена фактичка позиција жене, уз закључак о раскораку између права и живота. Уз став да је тај раскорак више привидан но стваран, у раду се доказује да жена ни правно није била онако обесправљена и подређена мушкарцу како се традиционално мисли. Доказује се да положај *filiae loco, manus, patria potestas* и *tutela mulierum* у доба Закона XII таблица не представљају обесправљујуће институте за жену, иако јесте била успостављена одређена предност мушкарца. Одржавање погрешних тумачења у романистици штетило је положају жене на европским просторима, а штети и данас, помажући одржавању предрасуда и антифеминистичких ставова.

Кључне речи: стари Рим, статус жене, погрешна тумачења, предрасуде и антифеминизам.

Иако је родна равноправност законски гарантована и макар правно су обезбеђене економске претпоставке за њену реализацију, чини се да на појединим просторима Европе чешће бива присутна потреба за заштитом људских права женских припадника друштва но мушких; а сасвим је очигледно да у сиромашним подручјима већи терет беде подноси жена, мада свакако не онако драстично као у европском грађанском друштву с краја 19. и с почетка 20. века.¹ Очигледно је такође, ван ових врло озбиљних питања (којима се квалификовано могу бавити само тимови компетентних стручњака), да постоје и даље трагови укорењених предрасуда и антагонистичког односа између полова, произашлог из вековне родне неравноправности, односно више или мање изражене обесправљености жене и њене подређености мушкарцу;

¹ О томе в. Бебел, А. – Жена и социјализам, превод, Београд, 1956.

јер читава позната историја цивилизације обележена је неравноправношћу полова, односно подређеношћу жене мушкарцу.² Заправо, сложеност питања родне равноправности великим делом потиче управо из тешког историјског наслеђа, које се унеколико и данас рефлектује на емотивну и духовну сферу. Једном засновано ропство жене мушкарцу, вековима одржавано и потенцирано, њена економска зависност и правна потчињеност, условљавају временом и духовну подређеност, па чак и мирење са положајем у коме се налази, уз убеђење мушкарца да тако треба да буде. Схватање о наводно мањој духовној снази женскога пола дубоко је укорењено и тешко се мења чак и онда када нестају основни друштвени узроци подређености женског рода мушком. Подређеност, односно неравноправност, са своје стране, природно рађа антагонистички однос, више или мање изражен, као и одређене предрасуде у односу на један или други пол. Једна од предрасуда, која је дуго одржавана и потенцирана, и чији трагови су најалост и данас присутни, јесте убеђење да је жена одувек (“од памтивека”) била подређена мушкарцу, уз непризнавање чињенице да се та подређеност родила са класним експлоататорским друштвом. Несумњиво је потребно и данас поновити познати Енгелсов став, базиран на бројним истраживањима из 19. века: “Једна од најапсурднијих представа, наслеђених из доба просвећености 18. века, јесте да је жена била на почетку друштва робинја мушкарца.”³ Захваљујући великим делом таквој “апсурдној представи”, уз недовољно познавање укупних прилика, формирало се и мишљење о старом римском друштву као изразито патријархалном, односно апсолутно обесправљујућем у односу на жену.

Нажалост “апсурдна представа” о старом римском друштву живи и данас, односно у романистици је и данас присутан став о скоро потпуној обесправљености жене на почетку римске историје и њеној скоро апсолутној подређености мушкарцу. Довољно је погледати уџбеничку литературу (у оквиру било којег европског правног система), која потпуно занемарује ставове малог броја аутора о траговима матријархалног доба на почетку римске историје. Додуше, ређе се среће генерални став о апсолутној обесправљености жене, али се стари правни институти управо редовно тумаче као подређујући у односу на жену. На тај начин романистика доприноси одржавању предрасуда о жени (и мушкарцу) и антифеминистичких ставова према женском роду уопште. Испада да је изразита конзервативност науке изражена управо кроз задржавање старих погрешних представа о положају жене у првим вековима Рима. Другачија схватања, базирана највећим делом на истраживањима из 19. века, уопште као и у погледу старог римског друштва, нису имала довољно одјека у романистици;

2 Кратак осврт на нека питања положаја жене кроз историју дат је у Јовановић, М. – Нека разматрања о друштвеном положају жене од античког до буржоаског друштва, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1981, стр. 355-376.

3 Енгелс, Ф. – Порекло породице, приватне својине и државе, превод, Београд, 1976, стр. 46.

а на просторима где је увођен тзв. социјализам, и са њим правно изједначавање полова, читава римска историја је једноставно проглашена за “ружну прошлост”. Другачији закључци малобројних аутора, више из капиталистичких него из социјалистичких друштава, скоро да су прошли незапажено. И остао је генерални став да је жена на почетку римске историје била апсолутно обесправљена, а да се њен положај временом побољшавао, да је стекла одређена права. Кроз овакав став као да је пресликано модерно европско кретање; а ситуација у погледу положаја жене у Риму била је управо обрнута. Додуше, на погрешна тумачења већину аутора наводе тзв. Краљевски закони (*Leges regiae*), наводно донети пре увођења Републике, у оквиру којих јесу садржане обесправљујуће одредбе о жени, па се и одредбе Закона XII таблица тумаче у складу са тим одредбама. Реч је, међутим, просто речено, о фалсификату, о неаутентичној збирци, али већина аутора не залази у то питање. Заправо уопште је јако мали број оних који су се заинтересовали за положај жене у првим вековима Рима, пре свега због оскудности података и велике сложености овог питања; а у уџбеничкој литератури се једноставно понављају уобичајени традиционални ставови, углавном погрешни.

Темељи за уочавање погрешности тумачења старих римских института о жени постављени су још у 19. веку, у двоструком смислу. Али је мали број аутора прихватио закључке великих тадањих научника и јако је мали број оних из 20. века који су наставили истраживања. Основни разлог томе је највероватније чињеница да упуштање у ово питање захтева врло опсежно упознавање ванправних извора различитих жанрова, за старо као и касније доба Рима, уз упоредни осврт на друга слична друштва, како би се стекла што вернија слика о укупним ондашњим друштвеним и породичним приликама (фактичком животу и ванправним нормама) и у оквиру њих о карактеру ондашњег права, уопште и у односу на положај жене. За формирање закључака, који ће бити презентирани, аутору овога рада било је потребно више од четврт века истраживања, које свакако не би било изводљиво без драгоцених открића малобројних великих научника из 19. века, и неколицине прегалаца из 20. века, који су имали довољно снаге и научничке радозналости да наставе дела претходника.⁴ Темељи новог погледа на статус жене у првим вековима Рима, како је већ речено, постављени су у двоструком смислу; или, тачније речено, постављена су два камена темељца за потпуно нови приступ. Најпре, још почетком 19. века појавила се сумња у аутентичност тзв. Краљевских закона, збирке прописа наводно донетих почетком

4 Осврт на дела и идеје поменутих научника дат је у оквиру радова аутора овог рада, а посебно у: Јовановић, М. – Положај жене у најстаријем римском праву, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 1984; Коментар старог римског *ius civile*, књига прва, *Leges regiae*, Ниш, 2002 (монографија од 220 страна); Коментар старог римског *ius civile*, књига друга, Закон XII таблица (I-VI), Ниш, 2007 (монографија, латинично издање 450 страна, ћирилично већег обима).

периода тзв. Краљевства, а помињаних тек почетком Принципата. Управо у тој збирци садржане су одредбе које обесправљују жену и подређују је мушкарцу, те су, по угледу на њих, и одредбе каснијег Закона XII таблица тумачене као обесправљујуће, иако у самом Закону нема основа за такво тумачење. Дато је током 19. века сасвим довољно доказа да је већина одредби те збирке неаутентичног карактера; а темељно упознавање старог доба Рима, посебно са аспекта односа између полова у фактичком животу, наводи на закључак да таквих обесправљујућих одредби о жени, какве се приписују времену Ромула (оснивача града) у то доба није могло бити, као и неких других везаних за породичне односе.⁵

Реч је заправо о неаутентичном компилирању, практично фалсификату, из доба с почетка Принципата, сачињеном у жеку борбе Октавијана Августа за доношење брачног законодавства којим би се повратио углед породице и подстакло наталитет у вишим слојевима друштва. Са циљем да се обуздају, на жељени начин, жене и синови из Августовог доба, поред осталог и кроз позивање на славну прошлост, уз презентирање неких старих религијских прописа, времену Ромула су приписане одредбе које предвиђају строгу подређеност жена и синова, и строго кажњавање, уз претњу смртном казном.⁶ Такав подухват нанео је огромну штету науци, додуше много већу европској романистици но каснијој римској правној науци. Ово тим више што је европска романистика поклонила пуно вере и антифеминистичким говорима чувеног Катона Старијег (крај 3. и прва половина 2. века старе ере) и његовим тврдњама да је жена у старо доба Рима била апсолутно подређена мушкарцу, а да се до његовог времена “узјогунила”, постала непослушна и “жељна власти”. Ситуација је заправо била обрнута. Управо у доба Катона жене су већ биле стављене у други (или трећи) план, а њихово “јогунство” је био покушај да се задржи некадашња уважена позиција, у чему нису успеле; и доживеле су пораз од којег се вековима неће опоравити.⁷

5 Резултати истраживања изнети су у поменутој магистарској тези аутора овог рада и у наведеној монографији из 2002. године, посвећеној управо тзв. Краљевским законима. На простору бивше Југославије, ван писања аутора овога рада, само Бујуклић је посветио један рад питању аутентичности Краљевских закона. В. Бујуклић, Ж. – Почети римског законодавства, Зборник “Правна држава у антици – pro et contra” из оквира пројекта “Конституисање Србије као правне државе”, Правни факултет у Београду, 1998, стр. 99-140.

6 Упознавање Августовог времена управо даје драгоцене податке за аргументовање неаутентичности тзв. Краљевских закона. Више о томе у дисертацији аутора овог рада, Јовановић, М. – Августово брачно законодавство (кадукарни закони), докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1994.

7 О томе в. Јовановић, М. – Пораз Римљанки у доба Катона Старијег, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2006, стр. 229-259.

Уважена фактичка позиција жене у првим вековима Рима други је камен темељац за уочавање погрешности тумачења старих одредби о статусу жене, у оквиру Закона XII таблица. Подаци о томе драгоцени су за побијање Катонових тврдњи као и одредби о жени из касније појављене збирке тзв. Краљевских закона. Посебан значај у том смислу има обимно изванредно дело Де Куланжа (Античка држава), у којем се посебан значај даје религијским и другим ванправним нормама.⁸ Аутор износи и коментарише низ података о врло уваженом положају жене из првих векова Рима, у породици и друштву као целини. Чувен је став овог аутора да се “много варају они који у браку са манусом мужа (*in manu mariti*) виде жалосну потчињеност жене”. Може се рећи да су са објављивањем овога дела практично срушени темељи дугогодишњег става о скоро ропском положају жене на почетку римске историје. Другачије схватање од традиционалног, у погледу неких старих института, даје и врло обимно дело Жида (*Etude sur la position de la femme...*).⁹ Додуше, неке анализе нису изведене до краја, а код неких института је третирана садржина из каснијег времена, после Закона XII таблица, али су захваљујући Жиду дате смернице за наставак правних анализа и, уз додатна сазнања, за право, верно тумачење старих института. Жид је указао на имовински карактер туторства над женом, унеколико и на карактер мануса, такође на значај мираза као старе уобичајене установе, и на податак да у скоро читавих првих 5 векова Рима није било развода. Поредџи класично доба Атине и Рим из првих векова, истакао је како је Римљанка била далеко слободнија и уваженија. Даљем упознавању положаја жене у старо доба Рима велики допринос су дала два чланка Јеринга.¹⁰ Огромна је заслуга Јеринга за уочавање првобитне функције мануса као врло старе установе. Захваљујући његовим радовима, уз Нибурова и Морганова истраживања старих друштава, уочава се да је *manus* првобитно био форма преласка са матријархалног на патријархално агнатско сродство као основ наслеђивања. Јеринг је отишао корак даље од Жида, прихватајући најпре неке његове ставове, као једино рационално решење, а касније одустајући од њих и констатујући да је боље оставити нека питања као “историјску енигму” но дати погрешан одговор.¹¹ У погледу општег приступа питању положаја жене у старим друштвима свакако треба истаћи Енгелсово дело (Порекло породице...)¹² Енгелс

8 Де Куланж, Ф. – Античка држава (*De Coullanges, F. – La cite antique, Paris, 1864*), превод Прокић-Милосављевић, Београд, 1956.

9 Gide, P. – *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne...*, Paris, 1885.

10 Ihering (Jehring), R. – *L'esprit du droit romain, Bologna-Paris; 1886-1888, Histoire du développement du droit romain, Paris, 1900.*

11 Реч је о одредби Закона XII таблица којом се предвиђа избегавање мануса, а о чему ће касније у раду бити речи.

12 Енгелс, Ф. – Порекло породице, приватне својине и државе, превод, Београд, 1976.

се великим делом ослања на Морганова истраживања као и нека друга, али уз уочавање неких општих одлика старих друштава, у делу су назначени оквири за решења одређених породичноправних питања у старом Риму, о којима се у доба Енгелса јако мало знало.

Поједине аспекте старих римских породичних односа и статуса жене у првим вековима Рима дотакли су и неки аутори из 20. века, међу којима се посебно издваја Клодин Ерман, са делом које придаје значаја старим римским легендама и митовима.¹³ Подаци су највећим делом преузети из дела најпопуларнијег римског историчара, Тита Ливија, изузетно образованог и елоквентног савременика Октавијана Августа, коме се свакако може веровати.¹⁴ Хронолошки посматране легенде и митови, у којима свакако има елемената истине, недвосмислено доказују да је поштовање жене у животу Римљана све веће што се дубље залази у прошлост; односно обрнуто, да је све мање што се више удаљава од старих времена Рима. По процени аутора овога рада (након вишегодишњих истраживања и упоредне анализе низа различитих података) римски митови и легенде се несумњиво могу сматрати веродостојним извором сазнања о фактичком положају жене у првим вековима Рима.¹⁵ Уосталом, до таквих закључака долази и Кл. Ерман, као и још неки, додуше јако малобројни аутори.¹⁶ Али скоро сви аутори, који се баве питањем статуса жене у првим вековима Рима, задржавају раније констатовани став о раскораку између правног и фактичког положаја жене, о раскораку између права и живота који је посебно нагласио још Де Куланж, затим Жид, донекле Јеринг и још неки аутори. Закључује се да је жена правно била подређена а у стварном животу врло уважена, поштована и утицајна, не само у породици већ и у друштву као целини (што иначе бројни подаци потврђују). Било је покушаја да се овај раскорак објасни, али се одговор углавном своди на став да “апстрактно право није у стању да изрази конкретан положај жене”.¹⁷ Овакав одговор је само делимично прихватљив, као један најопштији став, али њиме се не залази у суштину старих одредби, које се и даље тумаче као обесправљујуће у односу на жену; и тумачења

13 Herrmann, Cl. – *La role judiciaire et politique des femmes sous la Republique romaine*, Bruxelles, 1964.

14 Livius Titus: *Ab urbae condita*; за почетак римске историје в. Ливије Тит: Повијести римске Тита Ливија (*Titii Livi: Ab urbae condita*), књ. 1-2, превод Ф. Пажур, Вараждин, 1896 (реч је о преводу на стари хрватски, врло тешко разумљивом).

15 Неке легенде презентирани су у ранијим радовима аутора, најобухватније у магистарској тези, а биће хронолошки презентирани у монографији која је у припреми, в. Јовановић, М. – Антички римски правни и ванправни текстови, у припреми.

16 О ауторима који уважавају значај података из легенди видети у напред наведеним радовима аутора, напомена 4.

17 Такав став изражава и Де Бовоар, С. – Други пол, I (*De Beauvoir, S. – Le deuxieme sexe*, Paris, 1949), превод, Београд, 1982.

се уносе у уџбенике најчешће без икакве оградe у смислу да је фактички положај жене био далеко повољнији од оног што право каже. Било би коректно, најблаже речено, да се макар нагласи раскорак, уколико се не може објаснити или се не жели залазити у то питање, иначе изузетно значајно, што је сасвим ноторно.

Констатовани раскорак дефинитивно је данас могућно објаснити; односно аргументовано се може закључити да је тај раскорак више привидан него стваран, тј. да жена у суштини није ни правно била онако подређена мушкарцу и обесправљена како се традиционално мисли. Став о њеној обесправљености највећим делом потиче од погрешног тумачења старих одредби, посебно оних из Закона XII таблица које нису имале за циљ да обесправе жену. Али за такав закључак су била неопходна новија истраживања о старом римском друштву, посебно о карактеру породице, као и о карактеру старог ондашњег права. То је заправо трећи (или трећи и четврти) камен темељац за уочавање погрешности тумачења одредби Закона XII таблица о жени. Наиме, вековима се мало знало о старој римској породичној организацији, а тек новија истраживања, којима се посебно посветио Стојчевић, донела су сазнања о консорцијуму, као широкој породичној заједници (попут српске породичне задруге из 19. века, сличне бугарске породичне заједнице и црногорске кућне заједнице). И донела су сазнања о једној од основних тенденција Закона XII таблица (на коју такође Стојчевић указује) – разбијању консорцијума и фаворизовању агнатске фамилије као уже породичне групе, са којом започиње рађање приватне својиме, уместо раније колективне. Била је то револуционарна промена која је захтевала да се правно изрази измењени, нови положај свих чланова породице, оба пола. То је био циљ низа одредби Закона XII таблица, а не обесправљивање жене. Када се има у виду ова законска тенденција, уз одбацивање одредби из тзв. Краљевских закона, а уз вредновање података о врло уваженој фактичкој позицији жене, и уз сагледавање укупних ондашњих породичних и друштвених прилика, снаге ванправних норми и карактера старог права, слика о правном положају жене у старо доба Рима бива сасвим другачија од традиционалне, каква се и данас истиче. Заправо, може се закључити да уопште нема великог раскорака између права и живота када је жена у питању; јер адекватно тумачње одредби Закона XII таблица наводи на закључак да је смисао тих одредби био другачији од оног какав им се традиционално приписује. Овде се, међутим, не може дубље залазити у анализу одредби о статусу жене по Закону XII таблица, кроз које иначе, ваља нагласити, уопште није била предвиђена онаква обесправљеност жене каква се годинама истиче, иако јесте била успостављена одређена предност мушкарца. Само укратко ће бити изнети неки од закључака, који су шире образложени у ранијим радовима, а најопсежније у поменутом “Коментару”, уз посебан осврт на капитални значај тенденције разбијања консорцијума и

фаворизовања фамилије.¹⁸ Неки од закључака биће изнети и у монографији која је у припреми.¹⁹

С обзиром на велике промене у односу на дотадашње стање, кроз спровођење тенденције разбијања консорцијума регулисан је и статус жене. Наиме, управо у склопу одредби којима се промовише, односно фаворизује фамилија, а уз истовремено поштовање неких старих норми, регулисан је и статус жене, онолико колико је то било нужно при успостављању нове породичне организације. Та нова организација, и посебно ново својинско уређивање породичних односа, у суштини представљају револуционарну промену у положају свих чланова породице, оба пола. У односу на жену већ је раније била извршена велика промена, мада више са дејством према будућности, када је реч о конкретном њеном положају. Уведено је патријархално сродство и наслеђивање, уместо ранијег матријархалног, мада у тренутку увођења та промена није осетније утицала на постојеће односе између полова. Тек много година касније патријархат ће, уз низ значајних друштвених промена, попримити карактер власти мушкарца над женом. Увођење патријархата код Римљана је извршено преко установе *manus*-а, која је вековима погрешно тумачена, практично све до данашњег времена, иако су познати аутори из XIX века дали путоказ за другачије схватање. Жид је уочио и образложио имовински карактер ове установе, а Јеринг је указао на порекло и старо њено значење. Символично је узет термин *manus* (рука) за прекид религијске и имовинске заједнице жене са матичном породицом и успостављање такве заједнице са породицом мужа. Преко мужа ће се успоставити правно значајно агнатско сродство са децом из такве брачне заједнице. Жена је губила наследна права у матичној породици, а стицала их у породици мужа преко агнатске везе (по заједници живљења). Ова промена извршена је пре појаве фамилије, у доба широких породичних заједница, консорцијума, као јединог облика породичног организовања. Са променом сродства и наслеђивања фактички положај жене се у почетку није осетније изменио. Наиме, тек уведени патријархат, ваља поновити, није значио обесправљивање жене, односно веома се разликовао од оног какав ће касније бити, када поприми класични облик. У доба доношења Закона XII таблица још увек је био врло далеко од класичног облика; јер бројни подаци доказују (и они из легенди и митова), да је жена била врло уважена и поштована, што иначе одликује матријархално доба. Међутим, успостављени патријархат ће бити основа да се убудуће као шеф породичне групе може појавити само мушкарац;

18 Јовановић, М. - Коментар старог римског *ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица, Ниш, 2007. На ову тенденцију посебно је указао Стојчевић, чији ставови су, уз податке о објављеним радовима, изнети у овом "Коментару". Видети посебно Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1968.

19 Јовановић, М. – Антички римски правни и ванправни текстови, монографија у припреми.

а у фамилији ће позиција шефа породице бити другачија но у консорцијуму, у којем је, с обзиром на колективну својину, владала имовинска равноправност свих припадника исте генерације одраслих, оба пола.

Кроз Закон XII таблица се потискују имовинска права агната из консорцијума, мада опрезно и по формулацији донекле индиректно. Са таквом променом морало се приступити на нови начин и регулисању положаја жене, која је раније, у консорцијуму, такође била равноправни агнат заједно са читавом генерацијом којој је припадала, као кћер, сестра или супруга. Као кћер и супруга није могла бити потиснута заједно са другим агнатима (браћом и сестрама супруга, рецимо); али, са друге стране, није могла бити шеф породице, па, према томе, ни потпуно правно равноправна са мушкарцем. У таквој ситуацији није било лако правно изразити велику промену у породичним односима, пре свега у погледу имовинских односа. Имовина консорцијума припадала је читавој генерацији одраслих, односно, сви су имали право коришћења, а право располагања имала је генерација одраслих као целина. Агнати су једни друге наслеђивали све док постоји та генерација, или док малобројни преостали њени чланови одлуче да укључе следећу генерацију; а затим је имовину преузимала следећа генерација, опет као целина, као укупност свих њених припадника, оба пола. Са фамилијом се ситуација изменила. Јесте и даље остало агнатско сродство као правно значајно, али се изменио круг сродника који представљају први наследни ред. Широка породична заједница се поделила на више ужих породица, које по правилу сачињавају брачни парови и њихова деца. Тиме је раскинута имовинска заједница између агната који су раније сачињавали консорцијум; а шефу нове, уже породичне групе (фамилије), Закон је дао право тестирања, право да тестаментом располаже имовином, тј. да именује наследника и да одреди тудора малолетној деци за случај његове смрти (V, 3). Природно је било да шеф породице (*pater familias*) одреди свог сина за наследника, и тиме за будућег шефа породице. Уколико не одреди наследника, интестатски ће наследити деца, која са њим живе у заједници, и супруга из брака са манусом. Уколико није било деце, односно "*sui heredes*", како Закон каже, наследиће агнати, они са којима је живео у консорцијуму, или би живео да се консорцијум није поделио. Та одредба је изазивала, а и данас изазива доста дилема, јер гласи: "Ако је умро без тестаamenta, онај ко нема *suus heres*-а, нека најближи агнат добије заоставштину" (V, 4).

Овом одредбом је, уз претходну која озакоњује тестирање, практично успостављен нови наследни ред, као први, ред *sui heredes*. Наиме, уместо агната из консорцијума, у фамилији се као први наследни ред јављају "своји наследници", *sui heredes*, док су агнати из консорцијума потиснути на друго место, односно представљају други наследни ред, ако нема "својих наследника". *Sui heredes* су била лица под непосредном *patria potestas pater familias*-а, а која ће, са његовом смрћу, из статуса *alieni iuris* прећи у статус *sui iuris* лица. Уколико

је патер фамилиас једног сина именовано наследником, и тиме будућим шефом, осталима је одређивао легат, а кћерима по правилу мираз; супрузи такође легат. Генерално, међутим, сви су имали право коришћења породичних добара. Зато неки аутори, као Станојевић рецимо, констатују да је својина фамилије била прелазног типа: “По садржини ближа је колективној, а по титулару - приватној”.²⁰

Наиме, у оквиру ондашњих схватања, осећања и веровања, у оквиру снажних ондашњих ванправних норми нико од чланова породице није могао бити лишен егзистенције; а егзистенција је могућа само уз коришћење породичних добара. У доба доношења Закона XII таблица, дакле, преплићу се правне и ванправне норме, такође и колективносвојински и приватносвојински елементи што, уз промену породичне организације, посао правне регулативе чини врло сложеним; а још тежим га чини неразвијена правна техника и, у крајњој линији, недовољно развијено право. У таквој ситуацији је требало, како је већ истакнуто, изразити и правно дефинисати нови, измењени положај чланова породице, а истовремено не дезавуисати потпуно старе односе. Најзначајније промене захватиле су имовинске односе, *inter vivos* и *mortis causa*, одражавајући се нешто другачије на женски род. У интестатском наслеђивању, међутим, положај кћери се није превише радикално изменио. Додуше, у пракси се скоро редовно тежило тестаменталном именовану наследника као будућег шефа породице; али таква пракса се рефлектовала и на синове, оне који нису именовани за наследнике, мада им се фактички понекад омогућавало да се издвоје из породице уколико то желе. Интестатски су синови и кћери, као и у консорцијуму, једнако наслеђивали, на једнаке делове, што је општепознато из извора, мада се у литератури не истиче довољно. Друго је питање каква је животна пракса била, да ли су удајом односиле наслеђени део добара или им је додељиван мираз који је могао бити другачије структуре од наследног дела. Узгред, мираз је био врло стара установа и редовни пратилац брака. Везивао се за питање части оца, односно шефа породице, те су се и најсиромашнији трудили да ћеркама обезбеде мираз. По мишљењу великог броја аутора мираз је заправо представљао замену за наследни део. У Закону се не третира посебно, што и није било неопходно. Довољно је било да је озакоњено интестатско наследно право кћери, једнако као и право синова, њихове браће. Потврда овакве регулативе налази се и у Јустинијановим Институцијама.

Далеко сложенија је била ситуација у погледу удате жене, као супруге, након распада консорцијума, односно са промовисањем и законским фаворизовањем фамилије. У консорцијуму је у погледу имовинских права била равноправни агнат заједно са мужем и његовом браћом и сестрама, као и са супругама мужевљеве браће. Са распадом консорцијума, односно са издвајањем и осамостаљивањем фамилије бивају потиснута имовинска права мужевљевих агната, а он се, правно гледано, промовише као једини власник

²⁰ Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2003, стр.240.

породичних добара. У суштини су, у фактичком животу, обоје супружника у оквиру фамилије представљали читаву некадашњу генерацију агната (из консорцијума). Али, правно гледано, с обзиром на уведени патријархат и праксу да само мушкарац бива шеф породице (и именује следећег шефа), само он је могао законски бити проглашен за власника добара у породици. Међутим, с обзиром на изузетно значајну породичну улогу жене (и економског и религијског карактера), као и с обзиром на велико поштовање и уважавање у породици и друштву као целини, било је незамисливо да она доживи судбину осталих агната (из некадашњег консорцијума). Зато је пронађен модус, односно правнотехничко решење кроз положај *“filiae loco”*, “на месту кћери” или “уместо кћери”. Наиме, жена је агнатски повезана са својом децом, са синовима и кћерима; односно за њу је формулисано интестатско наследно право онакво какво је предвиђено за њену децу. Наслеђивала је интестатски као и кћери и синови, једнак део са децом. Уколико је било тестаментом именованог наследника, супрузи су обавезно легирана одређена добра, као и осталој деци, ван именованог сина (јер по правилу је један од синова био именован). Дакле, правно гледано, жена није била равноправна са мужем, али није била ни обесправљена. Наслеђивала је интестатски равноправно са децом, или пак добијала легат као и деца, што је било изузетно значајно право; јер извор егзистенције, извор живота била су управо породична добра.

Положај *“filiae loco”* у старијој романистици је углавном узиман као доказ подређености жене мушкарцу; односно углавном је тумачен у смислу да је жена била под влашћу мужа, као и њихова деца, да му је била подређена као и деца под његовом *patria potestas*. Обично се томе додаје схватање манус-а, као изразите власти мужа, и туторства, такође као врсте власти над женом, те се тиме заокружује слика о жени као изразито подређеној мушкарцу. Таквом схватању су свакако допринели и чувени говори Катона Старијег, који, сукобљавајући се са женама свога времена, и сматрајући их нескромним, похлепним и жељним утицаја на јавни живот, наглашава како су “некада давно биле у власти очева, мужева, браће...”²¹ Наведено схватање положаја *“filiae loco”* представља еклатантан пример извртања смисла једне установе кроз тумачење са предрасудама и без довољно познавања стварног стања у односима између полова из доба доношења Закона XII таблица. Уместо имовинских права жене, и то врло значајних, проглашена је њена подређеност мужу, проглашен је положај једнак положају деце; односно, жена је проглашена за “вечито дете”, а тај положај је потврђиван и установом туторства (која иначе, у доба доношења Закона XII таблица представља заштиту, а не власт). Треба нагласити да је жена, као супруга, положај *filiae loco* према мужу имала само у оквиру интестатског наслеђивања, и нигде другде. Такође треба нагласити да је за ондашње прилике,

21 О неоснованости Катонових тврдњи више у Јовановић, М. – Пораз Римљанки у доба Катона Старијег, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2006.

с обзиром на сложене односе при подели широких породичних заједница, такво решење било сасвим прихватљиво, за оба пола, и да је заиста мудро формулисано. Друго је питање како ће овај положај жене касније бити тумачен, када се друштво изменило и углед жене опао; али тада ће превладати брак без мануса, уз који иду другачија правила у имовинским односима. Овоме треба додати да жена након смрти мужа, заједно са децом оба пола, излази из статуса “*alieni iuris*” и постаје лице “*sui iuris*”, о чему ће касније бити речи. Коначно, треба поменути да се наследно право жене, као изузетно значајно (поред осталог и у смислу да је жена и за живота мужа фактички била с њим у односу сличном сувласништву) не наглашава довољно у романистици, те се често чује одговор студената у смислу: жена није имала никаквих права.

Положај “*filiae loco*”, како је речено, имала је само жена у браку са манусом (*matrimonium cum manu*), који је у старо доба Рима представљао правило, а о чијем карактеру такође доминира погрешно убеђење, посебно изражено у старијој романистици. Наиме, како је већ раније истакнуто, *manus* се третира као власт мужа над женом, над супругом. При том се у старијој романистици (полазећи, поред осталог, од термина *manus*, чије основно значење је - рука) сматрало да је у питању изразита, чак и физичка власт над женом. У новијој романистици је унеколико ублажен поменути став, али се у уџбеничкој литератури углавном једноставно констатује власт над женом у браку, без дубљег залажења у ово питање, с тим што се уочава веза између мануса и уопште власти шефа породице, његове *patria potestas*. Често се наглашава да *manus* заправо представља манифестацију власти *pater familias*-а над супругом, с тим што се понегде додаје да шеф породице има *manus* над свим женама које су преко брака ушле у породицу. Интересантно је да ова додатна констатација, тачна иначе, не изазива дилему у погледу карактера мануса, но се једноставно и даље третира као власт мужа над женом. Питање везе између *patria potestas* и *manus*, као породичних института, далеко је сложеније но што се поједностављено представља у литератури, посебно уџбеничкој. Постоје додирне тачке међу овим институтима, временом чак и блиска веза, али не и знак једнакости; а погрешно је мишљење, понегде присутно у литератури, макар имплицитно, да се *manus* изводи из *patria potestas*. Опширнији приказ ових института дат је у већ наведеној монографији посвећеној Закону XII таблица,²² а овде се само укратко могу изнети одређени закључци, који су у међувремену потврђени додатним истраживањима.

Најпре, треба истаћи да је *manus* старија установа од *patria potestas*, а не обрнуто, какав став се среће у литератури. Односно, *manus* претходи власти шефа породице. При том, није реч само о некој врсти функционалног претхођења, како би се могло закључити из једне реченице чувеног великог романисте Жирара,

22 Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица, Ниш, 2007. год.

који каже да је за власт оца над децом неопходно закључивање брака са манусом; односно да је неопходна *conventio in manu*, која “даје мужу над женом прву власт, зачетак друге власти над децом”²³ Реч је у ствари и о историјском, тј. хронолошком претхођењу мануса као установе која је првобитно представљала, како је већ речено, одређену форму или, тачније речено, симболично изражену спољну манифестацију замене матријархата патријархатом. Иако не каже дословно тако, заправо је још Јеринг указао на старо порекло мануса, као и на првобитни смисао ове установе, који ће се временом унеколико изменити. *Manus*, дакле, постоји и у оквиру консорцијума, као широке породичне заједнице; а *patria potestas* се јавља тек са фамилијом, као власт шефа те уже породичне групе, заправо као скуп правних овлашћења које му правни поредак даје као особи која оличава фамилију. Док *patria potestas* укључује и лична овлашћења, *manus* представља превасходно имовинску установу, односно подразумева имовински однос, што је још Жид студиозно образложио и доказао.²⁴ У литератури се, међутим, једноставно каже да је у питању власт над удатом женом, при чему се имплицитно подразумева и лична власт над њом, а понегде се, као у старијој романистици, изричито помиње и лична власт (углавном уз схватање да је у питању један вид власти шефа породице). Тачно је да се временом, како управо и Жид констатује, успоставља неки вид личне власти мужа над женом, али не на основу мануса, већ на основу брака самога; и то доста година након законског регулисања мануса, уз врло значајне промене у друштвеним и породичним односима. Уосталом, довољан доказ у том смислу представља и чињеница, на коју се понекад заборавља, да се као носилац мануса у фамилији јавља њен шеф, *pater familias*; дакле не муж, уколико он сам није шеф породице. Таква ситуација, иначе, могла је бити сметња одређеним тежњама супружника, те се кроз Закон XII таблица интервенише на специјалан начин, углавном неразумљив европској романистици, мада је у XIX веку дат путоказ за објашњење, односно за право тумачење одговарајуће одредбе. Реч је о одредби која предвиђа избегавање мануса, а која је вишеструко значајна и са више аспеката је треба истаћи у погледу статуса жене.

У уџбеничкој литератури се, како је већ речено, термин манус редовно преводи као власт мужа над женом, или власт његовог патерфамилијаса, уколико муж сам није шеф породице, но је лице *alieni iuris*, под *patria potestas* шефа породице. Односно, брак са манусом се редовно описује као брак са влашћу мужа над женом, а брак без мануса као брак без те власти, што се само условно може прихватити, више због уобичајености и краткоће изражавања. Јер, нити

23 Girard, P.- Manuel elementaire de droit romain, Paris, 1918, s.150-151.

24 Преглед Јерингових идеја, као и идеја Жида, Де Куланжа, Жирара и других дат је у Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица, Ниш, 2007. год, а делом и у првој књизи истог главног наслова из 2002, посвећеној тзв. Краљевским законима.

је брак без мануса, поготово када се сасвим уобичајио, подразумевао потпуну самосталност жене и непостојање икакве мужевљеве власти над њом, нити је пак манус, поготово на почетку римске историје представљао некакву изразиту власт над женом. Доказ тога је и упоредо постојање и брака без мануса, који је хронолошки био старији. При том, треба истаћи да се са појавом *patria potestas* унеколико изменио карактер *manus*-а, те се због блиске везе ових институција, правно гледано, често у литератури не уочава довољно разлика међу њима; а раширено је мишљење да и патриа потестас представља велику власт над женом, као и над децом, те испада да је била под двоструком влашћу. О власти патер фамилијаса у новонасталој фамилији, након поделе консорцијума, односно о ограничењима те власти, шири осврт дат је у два поменутих монографијама, а нека запажања биће изнета и у поменутој монографији која је у припреми, уз ослањање великим делом на истраживања Стојчевића.²⁵ Овде ваља само укратко подсетити да се *patria potestas* шефа породице у литератури третира као изузетно велика лична и имовинска власт над свим члановима породице, а као велику власт над децом помиње је и чувени правник Гај (из II века нове ере). Такође ваља подсетити да је кроз истраживања у XIX веку изведен закључак о изузетно уваженом фактичком положају жене на почетку римске историје, како у породици тако и у друштву као целини. Отуда је уследио закључак о раскораку између права и живота, када је жена у питању. Истовремено су уочена и бројна ванправна ограничења власти шефа породице у првим вековима Рима. На основу укупних досадашњих истраживања, кратко речено, сасвим је извесно да *patria potestas* шефа породице уопште не представља неограничену апсолутну власт над женом, као и над другим члановима породице, иако одређени примат мушкарца јесте успостављен већ тиме што је он шеф породице. Једна од одлика фамилије била је и подела чланова на *sui iuris* и *alieni iuris* лица. Док је шеф породице жив само он је лице *sui iuris*; дакле и његови пунолетни синови су лица *alieni iuris*. Са његовом смрћу, међутим, сва лица непосредно за њега везана кроз *patria potestas* постају лица *sui iuris*; дакле и његова супруга, његови синови, као и кћери, макар биле и малолетне. Једноставно речено, лица која имају шефа породице била су *alieni iuris*, она која га немају била су *sui iuris* лица. У почетку је ова подела била значајна преваходно са имовинског аспекта, а не значи да су лица *alieni iuris* била у некаквом положају сличном ропском, како се годинама мислило. Наравно, да би супруга била имовински укључена у стару римску породицу, требало је да буде закључен брак са манусом, нешто другачијих карактеристика но у консорцијуму.

Наиме, са променом породичне организације, уз промену имовинских односа (*inter vivos* и *mortis causa*), која повлачи и промене у погледу агнатског сродства, уследиле су и неке промене у погледу карактера мануса. Изворно

²⁵ Сажет приказ ограничења власти *pater familias*-а, анализираних кроз неколико радова, Стојчевић даје у уџбенику, в. Стојчевић, Д. – Римско приватно право, Београд, 1968, стр. 68-69.

гледано, *manus* је, као начин преласка са матријархата на патријархат, омогућавао да деца у консорцијуму наследе породична добра очева, којима су прикључивана и добра њихових супруга, мајки деце, унета као мираз у породичну групу. Са фамилијом се, у име читаве раније генерације одраслих из консорцијума, јавља патер фамилијас; а да би деца наследила добра фамилије требало је да се преко брака са манусом вежу за њега. Односно, уместо раније читаве генерације, у фамилији се као носилац мануса јавља шеф породице. Жена уласком у брак прекида имовинску (и религијску) заједницу са матичном породицом, а успоставља је са породицом мужа, у коју уноси своја добра (најчешће мираз); а као власник свих добара у породици, правно гледано, јавља се *pater familias*, који може, али и не мора да буде супруг, уколико овај није сам шеф породице. У том смислу постоји блиска веза између *patria potestas* и *manus*, али, како је већ речено, не и једнакост. Доказ те разлике, поред осталог, јесте и чињеница да Закон XII таблица предвиђа могућност избегавања мануса, а не и избегавања патрија потестас. Манус и у фамилији, како је већ више пута речено, представља имовински однос у смислу да се формалноправно само шеф породице јавља као власник добара, како би их деца из породице могла наследити. Дакле, није у питању никаква лична власт над женом која је путем брака ушла у породицу. Наравно, правно успостављени примат мушкарца у имовинској сфери могао је временом послужити и као један од основа за успостављање личне власти над женом. Али рекло би се да је таква појава уследила тек у времену изразито измењених друштвених прилика, доста удаљеном од времена Закона XII таблица, када ће иначе превладати брак без мануса. У доба доношења Закона, када је брак са манусом био правило, манус не представља власт над удамом женом, поготово не онако изразито каквом се сматрала у старијој романистици, а и данас има аутора који такав став заступају. Такав став, осим података о повољном фактичком положају жене (и закључака из XIX века по којима “се варају они који у манусу виде жалосну подређеност жене”), подрива и једна одредба из самог Закона XII таблица, која предвиђа избегавање мануса; и на основу које се намеће неколико питања чији одговори управо негирају став о обесправљености жене у браку са манусом.

Наиме, према податку из Гајевих Институција (I, 111), Закон XII таблица је прописивао (VI, 4) да жена која није хтела да дође под *manus* мужа путем *usus*-а (једногодишње брачне заједнице без мануса), треба сваке године три ноћи (и дана) да проведе ван куће (мужа), и на тај начин се сваке године прекида одржај (тј. заснивање мануса једногодишњим трајањем брачне заједнице без мануса). У старијој романистици било је чак накардних тумачења ове одредбе, уз генерални став о апсолутној подређености жене из брака са манусом, у смислу да је жена третирана скоро као ствар. У новијој романистици је углавном напуштено то старо тумачење. Очигледно је да се овде у формулисању поступало по аналогији са већ изграђеним институтима из стварноправних односа. Али

није постављено у литератури довољно адекватних питања, која би подстакла на адекватне одговоре кроз које би одредба коначно добила право, адекватно тумачење, што би бацило и другачије светло на саму установу мануса. Природно се намеће питање разлога за законско предвиђање обе врсте брака, са манусом и без мануса. Уколико се брак са манусом сматра браком у којем је жена подређена мужу (или његовом шефу и њему самом), неизоставно се намеће следеће питање: како је могућно да у истом друштву, у истом тренутку и по истом закону упоредо постоје брак “са влашћу мужа” и брак “без власти мужа” над женом? Наравно, на ово питање може се надовезати низ других питања, а једно од најважнијих свакако је питање разлога за избегавање мануса, који су били толико значајни да се законски предвидела форма, односно начин за избегавање мануса; а опет, били су то разлози свима познати, те није било потребно у Закону их поменути. Интересантно је, међутим, да највећа већина романиста уопште не залази у ово питање, односно уопште не поставља проблем тумачења поменуте одредбе, макар у смислу да ту има доста дилема; а одредба је од великог значаја, како у погледу законских тенденција у породичној сфери, тако и у погледу статуса жене у старо доба Рима. У уџбеничкој литератури је такво поступање унеколико у складу са скоро општим ставом да се питању статуса жене врло мало пажње посвећује. Главни разлог је ипак велика сложеност овога питања, која намеће дубље сагледавање више института из области брачних и породичних односа, као и сагледавање укупног ондашњег породичног и друштвеног стања, ондашњег фактичког положаја жене и ондашњих тенденција Закона у породичној сфери; а до неких сазнања дошло се тек кроз новија истраживања. Отуда су малобројни покушаји тумачења углавном наилазили на препреке које су изгледале непремостиве. Из тих разлога је тумачењу ове одредбе у поменутом “Коментару” посвећено више од стотину страница, уз посебан осврт на ставове аутора из XIX века, Жида и Јеринга.²⁶

Схватање да је брак без мануса био предвиђен за плебејски слој потпуно је неприхватљиво и углавном је напуштено; јер Закон ни по другим питањима не износи разлике за два друштвена слоја. Жид је, третирајући основано манус као имовински однос, изнео претпоставку да су женини сродници тежили избегавању мануса, како жена не би вредна добра пренела у породицу мужа.²⁷ Јеринг је најпре прихватио тај став, наглашавајући да не види друго решење; али је касније променио мишљење. Наиме, имајући у виду карактер ондашњих породичних односа и велико уважавање жене уопште, закључио је да би спречавање мануса од стране жениних сродника, са циљем да задрже њена добра (која би путем мануса била пренета у породицу мужа) представљало угрожавање

²⁶ Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица (I-VI), Ниш, 2007. год., стр.300-407.

²⁷ Став Жида, уз позивање на његово дело, изнет је у наведеном «Коментару», а дело је раније наведено (Gide, P.- Etude sur la condition privée de la femme).

позиције жене и ремећење њених односа са мужем; а такво поступање са ћерком (и сестром) било је неспојиво са ондашњом фактичком позицијом жене и односом поштовања и уважавања према њој. Зато је изнео став, сасвим основано, да је боље оставити наведену одредбу као једну “историјску енигму” но дати погрешно њено тумачење.²⁸ Сасвим је разумљиво да је било тешко дати право тумачење одредбе о избегавању мануса у доба када се практично ништа није знало о римском консорцијуму, као широкој породичној заједници, а тиме ни о једној од основних тенденција из Закона XII таблица - разбијању консорцијума и фаворизовању фамилије, као уже породичне групе. И иначе се још увек релативно мало знало о старим широким породичним заједницама, а Жид има у виду управо ужу породичну групу, фамилију; и то несумњиво из каснијих времена (мада ни за касније доба нема поузданих података о некаквом сукобу интереса за материјалним добрима између матичне женине породице и породице њеног мужа, тиме и њене). Када би се Жидова хипотеза прихватила, могло би се закључити да је поменута одредба имала, у крајњој линији, разједињавајуће дејство према супружницима, што индиректно и Јеринг закључује, истичући како би се жена нашла између двеју породица у врло неугодној ситуацији. Заправо је тежња Закона сасвим супротна, обједињавајућа у односу на супружнике, а истовремено разједињавајућа у односу на консорцијум, чија подела се законски поспешује и истовремено фаворизује ужа породична група, агнатска фамилија.

Закон, наиме, подстиче распад консорцијума и овом одредбом, којом се штите имовински интереси брачног пара који тежи осамостаљењу, а у тренутку закључивања брака је муж био лице *alieni iuris*, дакле под влашћу шефа породице. Ако би се засновао манус, добра жене би била укључена у породичну имовину, а као власник би се, правно гледано, појавио шеф мужевљеве породице, његов *pater familias*, мада би право уживања имали сви чланови породице. Јер, како је већ речено, својина у агнатској фамилији има карактер прелазног облика: по титулару је, више формалноправно гледано, ближа приватној, а по садржини је ближа колективној, што значи да сви чланови породице имају право уживања и нико од њих не може бити лишен тог права. У таквој ситуацији нема гаранције да ће добра жене, унета кроз манус брак у породицу, приликом евентуалне поделе припасти конкретном брачном пару, а могла су, временом, бити и умањена. Зато брачни пар, онда када је муж лице *alieni iuris*, има интереса да добра жене не буду унета у мужевљеву породицу; односно да се избегава заснивање мануса све донде док муж не постане лице *sui iuris*. Као лице *sui iuris*, муж може бити шеф породице, која би се евентуално издвојила из шире породичне групе, и тиме и носилац *manus*-а (док је раније носилац био његов шеф породице). Закон XII таблица подстиче издвајање агнатских фамилија, односно распад консорцијума

²⁸ Став Јеринга изнет је у наведеном «Коментару», уз позивање на његова два дела, која су раније наведена (Ihering, R.- L'esprit du droit romain; Histoire du developpement du droit romain).

који су, као бројне по чланству и добро организоване породичне групе, могли представљати “државе у држави” и као такви угрожавати политичке интересе ране римске државе.²⁹ Зато предвиђа начин за избегавање мануса, као имовинског односа, како би се омогућило да добра жене (која су, најчешће као мираз, била редовни пратилац брака и по правилу велике вредности за оно доба) не буду укључена у укупну породичну имовину, већ да остану за брачни пар који ће се осамосталити. Поставши лице *sui iuris*, муж ће, истовремено поставши и носилац мануса, постати власник тих добара, формалноправно гледано, и тиме ће укупна мужевљева и женина добра бити обезбеђена за њихову децу (док су у консорцијуму сва деца, деца свих брачних парова који живе заједно, преузимала укупну породичну имовину). Немајући, међутим, изграђену правну установу за ову сврху, творци Закона су поступили по аналогiji са једним стварноправним институтом - прекидом рока за стицање својине одржајем. Данас то звучи чудно, а старија романистика је у таквом поступању видела чак потпуну, скоро физичку власт над женом, као што се имала физичка, фактичка власт над стварима које ће се одржајем стећи у својину. Римљанима је, међутим, било природно такво поступање, бар из два разлога: што је већ коришћена аналогija са стварним правом и што је манус у крајњој линији представљао имовински однос.

По аналогiji са одржајем, већ пре доношења Закона XII таблица, било је предвиђено да се манус може заснивати и без свечаних форми, уколико брачна заједница без мануса непрекидно траје годину дана (*usus*). Такву заједницу су неки аутори сматрали једном врстом “брака на пробу”.³⁰ Ово пре свега отуда што је такав брак био лако раскидив, за разлику од оног који је бивао закључен уз посебне свечаности, кроз које се истовремено заснивао и манус. Сличност са одржајем налажена је вероватно у томе што је манус био имовински однос. Заснивањем мануса преко једногодишње брачне заједнице истовремено се заснивала и имовинска власт на добрима жене унетим у породицу мужа. *Usus* дакле, као непрекидна брачна заједница у року од године дана, омогућује неку врсту одржаја над добрима жене. А да би се то избегло, уз избегавање мануса, била је предвиђена, посебном одредбом, сагласност татора жене, уколико доноси вредна добра какве су онда биле *res mancipi* (V, 2). Та одредба и она о избегавању мануса (VI, 4) су у врло уској вези, мада се у литератури одвојено посматрају.

29 Нека запажања о политичким разлозима за разбијање консорцијума, као и сличним побуздама за законско разбијање српске породичне задруге, изнета су у Јовановић, М.- Породица у доба доношења Грађанског законика за Кнежевину Србију (неке сличности са старом римском породицом), Зборник радова “Србија 1804-2004”, Ниш, 2005, с.333-376. Иначе, како је већ речено, на тенденцију разбијања консорцијума посебно је указао Стојчевић, уз солидну аргументацију, највише у Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1986.

30 Више о томе у Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица, Ниш, 2007. год; такође у радовима наведеним у “Коментару”.

У том смислу су могле бити третиране на истом месту у реконструкцијама, код одредби о брачним и породичним односима, или код одредби о имовинским односима, али одвојено од других. О овој другој одредби касније ће бити речи, код осврта на турско право над женама, пошто је у реконструкцијама сврстана међу одредбе таквог карактера, иако је акценат у одредби усмерен на сасвим друго питање, а не на турско право. Иначе, идеја о избегавању мануса због статуса *alieni iuris* мужа, у крајњој линији ради фаворизовања агнатске фамилије, изнета је јавно први пут на међународном скупу романиста и историчара античких права у Мадриду 1998. год.³¹ Дobar број романиста на скупу се сложио са ставом да је овом идејом могућно решити дилему коју је Јеринг назвао “историјском енигмом”, а међу домаћим ауторима је Станојевић ово мишљење, уз још нека, унео у уџбеник Римског права.³² Додатним истраживањима аутора овога рада потврђена је основаност изнетих схватања.³³ Узгред, требало би поменути да у одредби о избегавању мануса (VI,4) неки аутори виде, како кажу, “клицу еманципације” римске жене.³⁴

Овакав став се само условно може прихватити. Тачно је да касније раширени брак без мануса, који по општем мишљењу жени даје више слободе, има претечу у старом браку без мануса. Али брак без мануса није новина по Закону XII таблица, већ је постојао и раније; и старији је, хронолошки гледано, од брака са манусом. Међутим, одредба која жени допушта да не дође под манус, ако то неће (како се у тексту дословно каже), свакако је могла бити, и била је основ за даљи статус жене, али само у смислу да јој се ситуација не погорша превише, а не да се побољша. Јер, насупрот традиционалном мишљењу, статус жене се касније, у вековима након Закона XII таблица, није побољшавао, но се, напротив, погоршавао; односно, укупна њена ситуација се, током каснијих векова Републике, увелико изменила у неповољном смислу, укључујући ту рапидан пад њеног уважавања у фактичком животу. То што је временом наводно стекла одређена права само је израз укупног општег правног развоја, за разлику од времена старог, неразвијеног права; развоја који је и мушкарцу донео низ права каквих раније није било. Са друге стране, израз је и остатака некадашњег врло уваженог фактичког положаја жене, управо због којег није могла бити лишена права, бар неких, у доба када се право развило и изградило. Али добила је далеко мање права но мушкарац, пре свега у смислу да је искључена из јавног права; а у оквиру приватног није добила сва она права која је добио мушкарац. У почетку

31 Enigme a l'egard de l'esquive du manus de la loi des XII tables, рад са Конгреса историчара античких права (52-eme session de la Societe F. de Vischer, SIHDA) у Мадриду, 1998.

32 Станојевић, О.- Римско право, Београд, 2001., с.146.

33 Видети Јовановић, М.- Enigme a l'egard de l'esquive du manus de la loi des XII tables, Facta universitatis, series law and politics, vol.&, N^o1, 2008, University of Nis, 2008, p.29-51.

34 Више о томе у поменутом «Коментару» (а такав став износи Herrmann, Cl.- La role judiciaire et politique femmes sous la Republique Romaine, Bruxelles, 1964, s.33.).

се та разлика у правима није одражавала на фактички живот, али временом ће прерасти у изразиту неравноправност жене у односу на мушкарца и одређени вид власти над њом. Треба подсетити да неучествовање жене у политичком животу каснијих времена има далеко већу тежину но у доба доношења Закона XII таблица. Само мушкарац је тај који ствара право, који је законодавац; а са све изразитијим развојем права и све обимнијом правном регулативом, која залази и у породична и статусна питања, уследиће прописи који ограничавају правну и пословну способност жене, што је у старо доба Рима било незамисливо; тада је прописима могла бити заштићена, за одређене ситуације, а никако ограничена као пол. Дакле, поменута одредба јесте била врло значајан основ за задржавање одређене позиције жене. Односно, вероватно је да би без те одредбе, и још неких, далеко горе прошла у “подели колача” из приватноправне сфере. Али та одредба није значила никакву “клицу еманципације” у односу на доба пре Закона XII таблица; јер никаквим прописима претходним није жена била правно угрожена, те да би се поменута одредба могла сматрати некаквим зачетком побољшавања њеног статуса. Том одредбом само је изражена постојећа позиција жене у оквиру измењене породичне организације; и њоме је обезбеђена заштита имовинских интереса обоје супружника, који желе издвајање из шире породичне заједнице и осамостаљивање властите породице. Истом циљу била је намењена и одредба о ограничавању стицања својине одржајем над вредним стварима жене (*res mancipi*), уколико је била *sui iuris* и под туторством агната. Касније је та одредба могла добити и другачији смисао, али је у тренутку доношења Закона њена сврха била скоро иста као и сврха одредбе о избегавању мануса. У литератури се, како је већ речено, та одредба најчешће акцентује са аспекта туторства над женом, мада јој је циљ био сасвим другачији; и место јој је пре у оквиру одредби о брачним или имовинским односима но код одредби о ограничавању пословне способности.

Према реконструкцијама, одредба Закона (V, 2) гласи: “Не могу се стећи одржајем *res mancipi* жене под туторством агната, осим ако их је сама предала уз одобрење татора.” Одредба је реконструисана према фрагменту из Гајевих Институција (II, 47). У литератури се ова одредба редовно узима као доказ ограничења пословне способности жене, односно туторства над њом; и посебно као доказ да није могла самостално располагати вредним добрима каква су биле у старо доба Рима *res mancipi*, ствари битне за пољопривредну цивилизацију (земљиште, зграде, алат за обраду земље, стока за обраду земље). При том се испушта из вида неколико чињеница: да је у питању туторство агната, да је у питању одржај а не неки деривативни начин отуђивања и, коначно, да се захтева предаја ствари од жене саме. Жид (Gide), као аутор неких идеја од капиталног значаја за сазнавање одређеног аспекта статуса жене у старо доба Рима, такође у овој одредби види ограничење жениног располагања вредним стварима, сматрајући да и овде (као, по његовом схватању, и код избегавања

мануса) у први план долазе имовински интереси сродника из матичне женине породице; односно да женини сродници ограничавају располагање добрима, како би била задржана у матичној породици.³⁵ Овакав став није прихватљив, из истих разлога као и такав став у погледу избегавања мануса. С обзиром на велику уваженост жене и с обзиром на значај породице, уопште, па и оне коју ће жена засновати, искључена је могућност да њени тутори, а то су по правилу браћа, из себичних материјалних интереса ометају женин породични живот. Додуше, одредба не помиње брак жене, али га ни не искључује; а најприродније је очекивати да је у питању управо преношење поменутих добара у породицу мужа. Иначе је сасвим сигурно, као што сродници нису присиљавали жену на избегавање мануса, да јој нису забрањивали унос добара у породицу мужа. Одредба, дакле, има сасвим другачији смисао, који је тешко било открити, тим теже што одредба о избегавању мануса није тумачена на прави начин. Но, дугује се велика захвалност Жиду што је закључио да туторство над женом, као и манус, представља имовински а не лични однос. Туторство је постојало над женом *sui iuris*, дакле оном која нема *pater familias*-а, као неудата или удата у брак без мануса; над оном женом, дакле, која нема носиоца породичне власти и мануса. При том тутор није имао никаквог удела у њеном личном животу, већ је само давао (или није давао) сагласност за имовинска располагања и вођење имовинских спорова, закључивање брака са манусом, односно заснивање мануса као имовинског односа, и закључивање формалистичких правних послова. Треба нагласити, међутим, да се старо туторство над женом умногоме разликује од оног из каснијих векова Рима, када је опао углед жене и правно била устоличена неравноправност у односу на мушкарца.³⁶

У доба доношења Закона XII таблица туторство над женом је представљало вид њене заштите, а не ограничења (што је и било старо изворно значење речи *tutela*, односно *tueri*). У оквиру консорцијума, као широке породичне заједнице, у којој је било више одраслих мушкараца, није било потребе за оваквом установом, као ни за туторством над малолетницима, уосталом. Значајне одлуке о имовинским и личним питањима доносила је генерација одраслих, као целина, припадника оба пола. А само закључивање правних послова и предузимање неких радњи ради отуђивања добара (или њиховог стицања) препуштано је неком од одраслих мушкараца, који је сматран најспособнијим (и физички, и психички и интелектуално) да иступи у име породичне групе; јер није било једноставно, у ондашњим условима живљења, доћи на јавни трг и поступити по ритуалу који се захтевао за тадањи врло оскудни промет. Са друге стране, читава генерација одраслих је одлучивала о заснивању мануса над женом која

35 Више о томе у скраћеном обиму у поменутом “Коментару”, на основу Gide, P.- Etude sur la condition privée de la femme...Paris, 1885.

36 Више о томе у Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица, Ниш, 2007; такође и у неким од радова наведеним у “Коментару”.

улази у породицу, односно о удаји кћери у брак са манусом; а ритуалне радње су обављала лица делегирана од саме породичне заједнице. Са настанком агнатске фамилије ситуација се потпуно изменила, јер породица је углавном састављена од брачног пара и њихове деце. Додуше, често је било и више чланова, али водећу улогу имао је брачни пар који заснива ту нову породицу. У таквој ситуацији, коју Закон иначе фаворизује, лако се могло десити да учесник у промету и неким другим активностима буде жена или малолетник (када је рецимо одрасли мушкарац, домаћин куће, одсутан због ратовања или из других разлога). За такве случајеве требало је предвидети заштиту оних који нису били вични старим правним ритуалима; а заштиту су најчешће пружали сродници, лица која су некада живела заједно у консорцијуму, или би живела заједно да се консорцијум није распао; или, када је жена у питању, понекад сродници из њене матичне породице. Сродничка солидарност код старих Римљана (посебно првих векова) била је веома изражена, као уосталом и код других старих народа сличнога степена развоја. Заштиту ће, по правилу, пружити најближи агнат, а Закон XII таблица одређује да шеф породице, именујући наследника (тј. сачинивши тестамент) истовремено може да одлучи и о избору татора за лица под његовом *patria potestas*. (V, 3). Тиме се, са једне стране, омогућавало шефу породице да одабере најадекватнијег сродника; а, са друге стране, наметала се обавеза сроднику, о којој је морао водити рачуна, с обзиром на ондашње односе солидарности, ондашње обичаје и ондашња морална схватања. Тоторство, дакле, у првим вековима Рима представља врло озбиљну обавезу и прилично велики терет за сроднике, а функција му је заштитничка, свеједно да ли је у питању жена или малолетник. Тек много векова касније тоторство над женом је могло постати чисто ограничавајућа установа; и тек уз огромне друштвене промене, генерално као и у погледу односа између полова, могло се десити да жена буде проглашена за “урођено лакомислену”, те да јој се наводно из тог разлога одређује тотор. Такво проглашење скупо је коштало жену, не само у античком Риму (у којем ће временом тоторство бити укинута), но и у Европи кроз рецепцију римског права. А помиње га чувени правник Гај, што је био разлог за схватање да треба чак унети у реконструкције Закона XII таблица “урођену лакомисленост” жене.

Често помињана, у антифеминистичким иступима, реченица из Гајевих Институција (I, 144) гласи: “Стари (наши) су хтели да жене, макар и потпуно пунолетне, због урођене лакомислености, буду под тоторством.”³⁷ Изгледа да се и код доношења неких европских грађанских законика полазило од става о “урођеној лакомислености” жене, те је ограничавана њена пословна способност.

37 Превод Гајевих Институција даје Станојевић, О.- Гај: Институције, Београд, 1982. Овај текст, на страни 73, није као целина унет у реконструкцију која је овде коришћена, али је унет рецимо у реконструкцију коју презентира Маленица, А.- Извори римског права, Београд, 1993, с.69.

Што се античког Рима тиче (у трајању од око 13 векова), било је периода када су жене проглашаване “урођено лакомисленим”, а неке од њих из доба Принципата, додуше малобројне, пуниле су скандалозне хронике својим сулудим поступцима, дајући повода да се свим женама припише лакомисленост.³⁸ Било је током грађанских ратова, крајем Републике, недостојних поступака жена, али још много више недела мушкараца. А ни почетком Принципата, када су забележени скандали жена, многи мушкарци се нису прославили почасним делима, већ су упамћени по неделима. У оба случаја реч је о општем моралном суноврату, какав би за доба доношења Закона XII таблица био апсолутно незамислив. Такође је било незамисливо прогласити жену лакомисленом; а по својој тадањој частности, разборитости и достојанству жена никако није могла дати повода за такав став. Исте особине красиле су и већину мушкараца тога времена. Отуда се податак из Гајевог дела никако не може везати за Закон XII таблица, удаљен од појаве његових Институција читавих шест векова. Уосталом, кад Гај помиње “старе”, тј. претке, који су жену сматрали “урођено лакомисленом”, он не помиње Закон XII таблица. Закон помиње, након излагања о Августовим тзв. кадукарним законима (у погледу услова за ослобађање жене од туторства) и истицања да свештенице богиње Весте нису потпадале под туторство. Додаје заправо, говорећи о Весталкама, да је и “Закон XII таблица тако прописивао”, у погледу поштовања њихових свештеничких функција. Зато је спајање ове последње речнице из параграфа 145, при реконструкцијама текста Закона, у најмању руку нестручно, а рекло би се и тенденциозно, и ослоњено на неке предрасуде о жени.³⁹ “Стари” су за Гаја били преци из низа генерација пре њега, а истовремено низом генерација удаљени од Закона XII таблица. Да је мислио на Закон XII таблица, Гај би то и рекао, као што се код неких других старих института директно позивао на текст Закона.

Преко Гајевог дела је реконструисана поменута одредба о *res mancipi* жене (Закон, V,2), при чему се правник директно позива на Закон XII таблица (Институције, II, 47). Таква одредба сасвим је примерена времену Закона XII таблица, а Гај о њој говори у излагању о одржају као начину стицања својине. Према његовом сведочењу, дакле, *res mancipi* жене, која је била *sui iuris* и под туторством агната, могле су се стећи одржајем само ако их је жена сама предала, и то уз сагласност татора. Када се има у виду наведено тумачење одредбе о

38 Неке од тих жена коментарише Balsdon, J.P.V.D. - *Roman Women*, London (Sidney, Toronto), Iizd., 1962; V.izd.1977.

39 Видети Станојевић, О.- Гај: Институције, Београд, 1982, стр.73. Опширнији приказ овог текста, уз аргументацију у смислу да се «урођена лакомисленост» жене никако није могла помињати у доба доношења Закона, дат је у Јовановић, М.- Коментар старог римског *Ius civile*, Књига друга, Закон XII таблица, Ниш, 2007; као и у још неким радовима наведеним у “Коментару”. Нека запажања биће изнета и у Јовановић, М. – Антички римски правни и ванправни текстови, монографија у припреми.

избегавању мануса, релативно лако се може закључити о вези две одредбе, односно о истом циљу једне и друге. Веза није уочена највероватније управо зато што прва одредба, све до саопштења аутора овога рада у Мадриду 1998. год, није била протумачена на прави начин (као једна од одредби којима се фаворизује осамостаљивање агнатских фамилија, као резултата разбијања консорцијума). Манус се избегавао, како је већ речено, све док муж не би постао лице *sui iuris* и шеф нове породице, тиме и носилац мануса, како би добра жене била сачувана за конкретни брачни пар и њихову децу. Одлагање мануса је, међутим, могло трајати више година, а током тог периода добра жене су фактички уношена у мужевљево породично заједницу. Пошто су више година коришћена у тој породици, могло се десити да их шеф мужевљеве породице одржајем стекне у својину; јер формалноправно је он био власник свих породичних добара. Тиме би избегавање мануса изгубило сврху; јер добра жене би надаље припадала целој породичној групи, те је било могућно да буду окрњена, као и да их конкретни брачни пар не добије приликом поделе консорцијума и осамостаљивања властите агнатске фамилије, или бар да их не добије у целини. Зато су законски предвиђена ограничења за стицање одржајем *res mancipi* жене која је била под туторством агната, дакле *sui iuris* лице. Ако би била *alieni iuris*, дакле и даље под *patria potestas* шефа матичне породице, он би формално био власник добара и истовремено лице које учествује у заснивању мануса над ћерком. Овако, као лице *sui iuris*, сама је и формално била власник добара; а да их шеф мужевљеве породице не би стекао одржајем, предвиђена су два услова: да жена сама преда *res mancipi* шефу и да се њен агнатски тутор (по правилу брат) са тим сложи. На тај начин су опет, као и кроз одредбу о избегавању мануса, заштићени интереси обоје супружника и сачувана добра за њихову децу у оквиру будуће осамостаљене агнатске фамилије. Овакво тумачење ове одредбе први пут је јавно изложено на Конгресу романиста у Новом Саду, 2002. године; и наишло је на одобравање већег броја учесника.⁴⁰

Коначно, након сажетог излагања неколико идеја, које углавном представљају новину у романистици (те ће требати још времена да би биле шире прихваћене), може се закључити: ни положај *filiae loco*, у наслеђивању, ни *manus*, ни *patria potestas*, ни *tutela mulierum* не представљају по Закону XII таблица установе које подређују и обесправљују жену. Одређена предност мушкарца јесте већ била успостављена, али то не значи да је жена, како се традиционално вековима тврди, била потпуно обесправљена и апсолутно подређена мушкарцу. Ни поменуте две одредбе (VI, 4 и V, 2) не значе обесправљивање жене, како се у литератури најчешће тврди, већ напротив, заштиту њених и мужевљевих

40 Јовановић, М.- *Tutela mulierum secondo la lex XII tabularum (V, 2) - concordanza con la disposizione evitante la manus (VI, 4)*, рад саопштен на Конгресу романиста Централне и Источне Европе и Азије (са центром на Универзитету "La Sapienza" у Риму), одржаном у Новом Саду, 2002. године.

имовинских интереса, са циљем да осамостале своју агнатску фамилију, што Закон фаворизује, јер једна од главних тенденција Закона, ваља поновити, било је разбијање консорцијума и фаворизовање фамилије. Ове одредбе су, у неку руку, пратиоци једне централне - одредбе која предвиђа право шефа породице на располагање имовином путем тестаментa (V, 3), кроз коју се практично промовише приватна својина у агнатској фамилији, за разлику од колективне својине у консорцијуму. С обзиром да жена уопште није била онако обесправљена и подређена како се годинама мислило (а и данас такво мишљење доминира), може се закључити да уочени раскорак (у XIX веку) између фактичког и правног положаја жене на почетку римске историје уопште није био онако велики како се мислило (да је жена фактички врло уважена, а истовремено правно подређена и обесправљена). Тај раскорак је више привидан но стваран. Јер ни правно жена није била онако обесправљена како се вековима мислило; односно, установе које се традиционално схватају као израз велике власти над женом, и као такве приписују старим временима Рима, по Закону XII таблица нису имале обесправљујући и подређујући карактер у односу на жену. Друго је питање како ће оне касније бити тумачене, кроз римску историју, када се однос између полова изменио и попримио антагонистичке црте, за разлику од старих времена, када га је одликовао сараднички карактер. Наравно, нико не спори да је кроз старо право мушкарац стављен у први план, али тада је то значило далеко више обавеза но овлашћења. А да се римско друштво надаље другачије развијало и изграђивало, да се није формирало као освајачко, експлоататорско и робовласничко, сигурно је да би и положај жене био другачији; сигурно је да мушкарчева стара правна позиција не би касније била тумачена као његова одувек постојећа надмоћ и као основ за изразиту каснију правну неравноправност полова.

У погледу ставова да се временом положај жене у Риму побољшао у односу на доба доношења Закона XII таблица, ваља истаћи следећих неколико запажања. Најпре, испуштају се из вида нека накнадно изричито уведена ограничења за жену; рецимо по *lex Voconia* из 169. године старе ере у области наслеђивања. Кроз неке фрагменте из Јустинијанових Институција се, поред осталог, мислило и на једно од тих ограничења.⁴¹ Затим, по тзв. кадукарним законима Октавијана Августа, пословна способност жене се везивала за број рођене деце, што је било далеко веће ограничење но што су она која су се односила на мушкарце. Предвиђена су ограничења, већа но за мушкарце, и у односу на права жене према робовима и ослобођеницима итд. Даље, статус жене и фактички њен положај у каснијим вековима Рима треба разматрати и у светлу измењеног карактера јавноправне области. Једна је ситуација женино

⁴¹ О томе в. Јовановић, М. – Историјски значајан фрагмент за статус жене (Јустинијанове Институције, II, 13, 5) у коауторству са М. Игњатовић, Зборник радова “Современото право, правната наука и Јустинијанова кодификација” са истоименог научног скупа на Правном факултету у Скопљу, октобра 2003, Скопље, 2004, стр. 246-267.

неучествовање у јавној делатности времена доношења Закона XII таблица, а сасвим друга касније, већ у доба Катона Старијег, и још више после његовог времена. Јавна политичка делатност мушкарца у старо доба Рима, у оквиру ње и законодавна, није била значајнија од делатности жене у кругу породице, у ондашњим условима живљења када је опстанак био могућ управо само у породичној групи.⁴² И та делатност никако није могла бити окренута против жене. Напротив, бројни подаци кажу да су жене имале великог фактичког утицаја на политичка догађања. Касније међутим, са променом услова живљења, улога жене у породичном животу губи некадашњи значај; а мушкарчева јавна, политичка делатност постаје све значајнија, све утицајнија у друштву као целини, генерално као и у погледу учешћа у доношењу све већег броја закона. Мушкарац је законодавац, а измењени фактички односи између полова дају му могућност да доноси и законе против жене, што је у старо доба било незамисливо с обзиром на тадашње уважавање жене у породици и друштву. У доба Катона Старијег жене су још могле, колико-толико да делују у сфери законодавства, изборивши да се укине *lex Oppia*, који је против њих био усмерен; али убрзо затим су, управо у доба Катона, доживеле огроман пораз, од којег се никада нису опоравиле. Донета је сенатска одлука којом су понижене; јер су угледне Римљанке кажњене, а сенатском одлуком је награђена ослобођена робинја која их је денунцирала, тврдећи да су ковале заверу против мужева.⁴³ Од тог времена се више ни не помиње нека организована акција жена, бар према расположивим подацима судећи. У погледу истицања да је жена временом стекла одређени степен самосталности (да буде власник добара рецимо, да може да закључује правне послове, неке чак и без татора, итд.), ваља подсетити да је то био резултат друштвених кретања која су донела уопште осамостаљивање појединаца у односу на породичну групу и да су мушкарци стекли далеко више самосталности у односу на породицу. Рецимо могли су бити власници одређених добара иако су још увек имали оца као шефа породице, док је некада давно једино шеф породице могао бити власник добара. Коначно, треба нагласити да су одређена права жене из каснијих векова, која су наводно представљала побољшање њеног статуса, заправо далеко више била рефлекс некадашњег њеног уваженог положаја но некаквих благонаклоних попуштања мушкараца из тих каснијих векова.

42 Ваља подсетити на став Енгелса (Порекло породице, приватне својине и државе, превод, стр.69) у том смислу: “У старом комунистичком домаћинству, које је обухватало много брачних парова и њихову децу, женама поверено вођење домаћинства било је исто толико јавна, друштвено нужна радиност, колико и рад мушкарца на прибављању намирница”. А политичка делатност ни случајно није била важнија од прибављања хране.

43 О томе в. Јовановић, М. – Пораз Римљанки у доба Катона Старијег, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, 2006, стр. 229-259.

На крају, ако се узме као тачна тврдња да се степен цивилизованости једног друштва мери по положају жене у њему, могло би се рећи да Закон XII таблица заслужује велике похвале; и да изражава виши степен цивилизованости друштва но што ће га имати каснији векови, када Рим постане класична робовласничка држава. Наравно, неспоран је напредак римског друштва са више аспеката, посебно на пољу права. Али је неспоран и назадак, пре свега кроз појаву ропства, а такође и кроз тежње за обесправљивањем и подређивањем жене. Закон XII таблица је имао обједињавајући карактер, како у погледу друштвених слојева, тако и у погледу односа између полова. Као такав, сигурно је представљао један од темеља релативно дугог задржавања достојног положаја жене у друштву и породици. Односно, Закон XII таблица је несумњиво утемељио такав статус жене да јој касније нису могла бити одузета сва права, да никада није могла бити потпуно обесправљена и потпуно потиснута у други план, као у неким другим друштвима. Уобичајене тврдње да је жена временом стицала одређена права заправо треба преформулисати у смислу да је жена задржала низ права, када је правни систем изграђен, управо захваљујући и Закону XII таблица. Жена ће заиста стећи низ приватних права (након што их је претходно изгубила), али тек негде са устоличењем хришћанске цивилизације. А потврда изнетог става о Закону XII таблица налази се и на крају римске цивилизације, у Јустинијановим Институцијама, где се наглашава враћање на решења из тог Закона, по неким питањима старе равноправности полова.⁴⁴

С обзиром на наведени карактер Закона, односно с обзиром на изнета тумачења старих института који се односе на статус жене, нужно је ревидирати традиционална схватања о тим институтима као обесправљујућим у односу на жену. Дакле, нужно је ревидирати понављане погрешне ставове о статусу жене у старо доба Рима, посебно у уџбеничкој литератури, која је доступна најширој научној јавности. Јер, како је већ истакнуто, кроз опстајање тих погрешних ставова, тј. погрешних тумачења старих одредби о статусу жене, омогућује се и опстајање старих предрасуда и “апсурдних представа... да је жена на почетку друштва била робиња мушкарца.” Такве “апсурдне представе” подстичу задржавање трагова старих предрасуда о једном и другом полу, антагонистичког односа између полова и антифеминистичких ставова према целокупном женском роду. А то у крајњој линији омета потпуну реализацију прокламоване родне равноправности, односно заштите права жена у пуној мери. Кроз задржавање наведених погрешних тумачења, дакле (великим делом из чисте инертности), романистика индиректно као да бива стављена у службу антифеминизма,

⁴⁴ Више о томе у Јовановић, М.- Историјски значајан фрагмент за статус жене (II, 13, 5), у коауторству са М. Игњатовић, Зборник радова “Современото право, правната наука и Јустинијанова кодификација”, са истоименог међународног научног скупа на Правном факултету у Скопљу (из 2003. год.), 2004, стр.246-267.

мада то свакако није ничији циљ. Зато треба реаговати и коначно ревидирати традиционални приступ статусу жене у првим вековима Рима.

Резиме

У романистици се, кроз погрешна тумачења одређених старих института, одржава схватање да је жена у првим вековима Рима била потпуно обесправљена и апсолутно подређена мушкарцу. Изузетно ретко се помиње ондашња врло уважена фактичка позиција жене и закључак научника из 19. века о раскораку између права и живота, када је положај жене у питању. У раду се указује да је тај раскорак више привидан него стваран и доказује се да жена ни правно није била онако обесправљена и подређена мушкарцу како се традиционално мисли, иако јесте био успостављен одређени вид предности мушкарца. Доказује се да поједини стари институти нису имали за циљ обесправљивање жене већ су превасходно произашли из потребе да се регулише новонастала ситуација као израз тенденције разбијања широких породичних заједница, консорцијума (*consortium*) и фаворизовања уже породичне групе, агнатске фамилије (*familia*). Ова тенденција је посебно изражена кроз Закон XII таблица, као једини поуздани извор старог римског *ius civile*; јер тзв. Краљевски закони (*Leges regiae*), у којима се помиње обесправљеност жене, представљају неаутентичну компилацију с почетка Принципата, коју треба одбацити, као и антифеминистичке говоре чувеног Катона Старијег. Када се на прави начин уочи поменута тенденција, уз сазнања о укупним ондашњим друштвеним и породичним приликама, о великом уважавању жене у фактичком животу, снази ванправних норми и карактеру још увек неразвијеног права, слика о статусу жене бива сасвим другачија од традиционалне. Положај *filiae loco* не значи унижавање жене и третман као да је дете, већ изражава њено интестатско наследно право, једнако са правима деце. *Manus* није никаква изразита власт мужа над женом (по речи *manus* – рука), већ подразумева, као имовинска установа, прекид имовинске заједнице жене са матичном породицом и успостављање такве заједнице са породицом мужа. Тиме, с обзиром на значај агнатског сродства, жена губи наследна права у матичној породици, а стиче их у породици мужа. Довољан доказ неоснованости схватања о власти над женом је одредба која предвиђа избегавање мануса. *Patria potestas* шефа породице, као установа новија од *manus*-а, настала са агнатском фамилијом, никако није значила апсолутно свевлашће ни за децу, а још мање за жену. Коначно, старо туторство над женом, *tutela mulierum*, као имовинска установа настала са фамилијом, значило је заштиту у новим околностима, а не власт над женом. Дакле, у старо доба Рима, положај *filiae loco*, *manus*, *patria potestas* и *tutela mulierum* не представљају обесправљујуће институте за жену, како се у романистици годинама погрешно мислило, и мисли се нажалост и данас. Погрешна тумачења штетила су положају жене на европском правном

простору, а штете и данас, помажући одржавању предрасуда, односно “апсурдних представа... да је жена на почетку историје друштва била робиња мушкарца” и подстичући антифеминистичке ставове према читавом женском роду. Зато је неопходна ревизија, посебно уџбеничке литературе.

Prof. Mila Jovanović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

**THE EUROPEAN ROMANISTIC LITERATURE IN
THE SERVICE OF ANTI-FEMINISM:**

A contribution to dispersing prejudices on woman's position in Ancient Rome

Summary

In this article, the author provides a brief overview of some Roman law institutes which are traditionally interpreted as an expression of a deprivation of women's rights in Ancient Rome and woman's subordinate position to man. These wrong interpretations of these old Roman institutes have been preserved in the Romanistic legal literature until the present day, even though there were times when the factual position of women in Ancient Rome was prominent. Some 19th century scientists concluded that it was a matter of imbalance between real life and the law. The author of this article points out that the imbalance is ostensible rather than real; in spite of a more prominent and favourable position of man at the time, the author endeavours to prove that the woman of that time was by no means deprived of her rights nor subordinate to man as she is thought to have been. The author also tries to prove that some of these ancient institutes were not aimed at depriving women of their rights but that they were primarily instituted as a result of the need to regulate new social circumstances, primarily as an expression of the tendency to break up with the large family communities (consortium) and to promote the existence of a closer family group, the agnatic family (familia). This tendency was particularly prominent in the Law of the Twelve Tablets (Leges Duodecim Tabularum), which is the only reliable historical source of the old Roman ius civile because the other historical source referring to the deprivation of women's rights (Leges regiae) is an unauthentic compilation of laws from the beginning of the Principate period, which shall be discarded as well as the anti-feminist speeches of the renowned statesman Cato the Elder. The depiction of woman's position at the time is quite different when we take into consideration the aforementioned tendencies, the overall knowledge about the social and family circumstances, the great respect for women in real life as well as the power of non-legal norms and the nature of the underdeveloped legal rules.

In that context, the term filiae loco does not imply the lower position of woman (or her treatment as if she were a child) but it denotes the woman's intestate succession right, which is equal to the rights of the children of the family. The term manus (hand) does not imply man's prominent power over woman ("the upper hand") but denotes a property institute which implies the dissolution of property community of a woman with her maternal family and establishing such a community with the husband's family. Thus, considering the significance of the agnatic family relations, the woman is deprived of the hereditary rights in the maternal family and acquires these rights in the husband's family. A sufficient evidence of the ill-founded conception of power over woman was the provision which envisaged the avoidance of manus. Patria potestas (the family chieftain), as an institution of a later date than manus, comes from the agnatic family; it did not imply absolute power over woman and children either. Finally, the old institute tutela mulierum (tutorship over woman), a property institution which came into being with agnatic family, did not imply power over woman but her protection in new social circumstances. Therefore, the ancient Roman institutes of filiae loco, manus, patria potestas and tutela mulierum did not deprive women of their rights (as it has been wrongly assumed in the Romanistic legal literature). These wrong interpretations have always been quite harmful to the position of woman in the European legal area because they help preserve the prejudices and "absurd ideas that woman was man's slave at the beginning of history" and nourish the anti-feminist attitudes towards the entire womankind. For this reason, it is necessary to review and revise the existing literature dealing with these issues.

Key words: *Ancient Rome, woman's status, wrong interpretations, prejudices and anti-feminism.*

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

UDK: 339.922(4-672EU:497.11)

СРБИЈА У ПРОЦЕСУ ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ¹

Апстракт: Постоје прецизирани услови, које мора испунити свака држава, уколико жели да приступи Европској унији. Реч је о: политичким критеријумима (постојање стабилних институција, којима се гарантују демократија и владавина права, поштовање људских и мањинских права), економским критеријумима (постојање функционалне тржишне привреде, способне да издржи конкуренцију на тржишту ЕУ), и правним критеријумима, који се огледају у способности државе да у потпуности преузме и поштује обавезе, које проистичу из чланства у ЕУ (усвајање правних тековина ЕУ и постојање административних и правосудних капацитета за њихово спровођење и примену). Србија је поднела захтев за чланство у ЕУ децембра 2009. године, а јануара 2011. године, предала је одговоре на питања из Упитника, на основу којих се процењује њена спремност за добијање статуса кандидата за чланство у Унији.

Кључне речи: Европска унија, интеграција, европски споразуми, чланство у ЕУ, хармонизација прописа.

Увод

У оквиру своје регионалне политике према државама Југоисточне Европе, Европска унија је, априла 1997. године, формулисала опште и специфичне услове, које морају да испуне ове државе, да би могле унапредити односе са ЕУ. Као *општи услови*, који се односе на све државе овог региона, наведени су: развој демократије, поштовање људских и мањинских права, владавина права и спровођење економских реформи. Ови услови изведени су из критеријума, које је Европски савет формулисао 1993. године, у Копенхагену с намером да

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

прецизира услове, које мора испунити свака држава, уколико жели да приступи Европској унији. Реч је о:

- *политичким критеријумима* (постојање стабилних институција, којима се гарантују демократија и владавина права, поштовање људских и мањинских права),

- *економским критеријумима* (постојање функционалне тржишне привреде, способне да издржи конкуренцију на тржишту ЕУ), и

- *правним критеријумима*, који се огледају у способности државе да у потпуности преузме и поштује обавезе, које проистичу из чланства у ЕУ (усвајање правних тековина ЕУ и постојање административних и правосудних капацитета за њихово спровођење и примену).

У случају држава западног Балкана, унапређивање односа са ЕУ условљено је и унапређивањем регионалне сарадње и добросуседских односа, као и поштовањем међународних обавеза, проистеклих из мировних споразума. У том смислу, нарочит нагласак стављен је на пуну сарадњу са Међународним кривичним трибуналом у Хагу.

Маја 1999. године, Европска комисија промовисала је *Процес стабилизације и придруживања*, као иновирани политички оквир за унапређивање односа између држава западног Балкана и ЕУ. Инструмент тог процеса јесте *Споразум о стабилизацији и придруживању*, који представља нову врсту уговорног односа, којим Европска унија, у замену за испуњавање одговарајућих услова, нуди извеснију европску перспективу државама западног Балкана. Државе овог региона добиле су статус потенцијалних кандидата за чланство у ЕУ, који се накнадно потврђује споразумима о стабилизацији и придруживању. Њихово приближавање Европској унији, зависиће од испуњавања критеријума из Копенхагена, и услова, дефинисаних у оквиру Процеса стабилизације и придруживања.

Процес стабилизације и придруживања представља пут у Европску унију, чију само прву, али неизбежну, етапу представља *придруживање*, а другу етапу представља *приступање* Европској унији. Свака од ових етапа састоји се из неколико фаза, при чему прелазак у наредну фазу зависи од брзине спровођења реформских процеса, и окончава се закључивањем и спровођењем одговарајућег споразума. У првом случају, то је споразум о стабилизацији и придруживању, а у другом случају, споразум о приступању ЕУ.

Придруживање претпоставља:

- одржавање састанака Консултативне радне групе,
- израду позитивне Студије изводљивости,
- преговоре и закључивање споразума о стабилизацији и придруживању и
- спровођење споразума о стабилизацији и придруживању.

Приступање подразумева:

- упућивање захтева за пријем у Европску унију,

- добијање статуса кандидата,
- преговоре и закључивање споразума о приступању ЕУ и
- чланство у Европској унији, ступањем на снагу споменутог споразума.

Од држава западног Балкана, највише је на овом путу постигла Хрватска, која је, 3. октобра 2005. године, отпочела преговоре о споразуму о приступању ЕУ, док Македонија, у статусу кандидата за пријем у ЕУ, очекује одређивање датума за почетак преговора. Споразуме о стабилизацији и придруживању, потписале су: Албанија, 12. јуна 2005. године, Црна Гора, 15. октобра 2007. године, Србија, 29. априла 2008. године, и Босна и Херцеговина, 16. јуна 2008. године.

Европски споразуми

Европска унија, донедавно није имала правни субјективитет, није била правно лице, и као таква није могла склапати међународне споразуме, већ су у њено име то чиниле Европске заједнице, у домену који је у њиховим надлежностима, и државе чланице, у свим осталим доменима. Тако, у области економије, постоје три врсте споразума, које Европске заједнице, са или без држава чланица, могу потписати са трећим државама.

Први је *Споразум о трговини*, који потписује само ЕЗ, и он дефинише искључиво трговинску размену (царине, квоте и тако даље), и као такав не води ка чланству у ЕУ. Овакав Споразум потписала је СФРЈ, 1970. и 1973. године. Занимљив је податак да је Шпанија потписала Споразум о трговини са ЕЗ исте године када и СФРЈ, с том разликом што је Шпанија постала чланица ЕУ 1986. године.

Другу врсту представља *Споразум о сарадњи и трговини*, који потписују ЕЗ и државе чланице и који, осим дефинисања трговинских односа, уређује и друге облике сарадње (економија, индустрија, техничка и научна сарадња, транспорт, и друго). Овакве споразуме са ЕУ имају државе Медитерана (Алжир, Мароко, Тунис, Израел, Јордан...), све државе бившег СССР-а (укључујући Белорусију), и Монголија, а 1980. године споразум је потписала и СФРЈ. Ови споразуми такође не воде ка чланству у ЕУ.

Трећу врсту представља *Споразум о придруживању*, који се склапа са Европским заједницама и њиховим државама чланицама, и којим се успостављају чврсте економске и политичке везе између уговорних страна. Тиме се међу уговорним партнерима успоставља однос придруживања, најповлашћенији однос, који, према Европској унији, може имати држава која није њена чланица. Овим споразумом не гарантује се чланство у ЕУ држави која га потписује, али је он прва степенница ка чланству. Брзина приступања ЕУ зависи искључиво од брзине и ефикасности реформи, које спроводи држава, која жели да постане чланица ЕУ.

Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП) наставак је еволуције споразума о придруживању, које ЕУ потписује са трећим државама, и најразвијенији је, у односу на раније споразуме. Њиме се успоставља „највиши облик сарадње“ између држава обухваћених Процесом стабилизације и придруживања, и Европске уније. Ступањем на снагу Лисабонског споразума (Реформски уговор), 1. децембра 2009. године, *ЕУ је стекла својство правног лица*, чиме су увећане њене преговарачке могућности.

У Бриселу је, јуна 2001. године, потписан Меморандум о разумевању, о либерализацији и унапређивању трговинских услова, којим се креира правни оквир за унапређивање регионалне трговинске сарадње. Потписнице Меморандума су: Албанија, Босна и Херцеговина, Македонија, Србија, Хрватска, Бугарска, Румунија и Молдавија. У складу са преузетим обавезама, Србија је, током 2003. и 2004. године, склопила споразуме о слободној трговини с Македонијом, Босном и Херцеговином, Хрватском, Албанијом, Бугарском, Румунијом и Молдавијом.

У Букурешту је, 19. децембра 2006. године, потписан Споразум о слободној трговини у Југоисточној Европи (ЈИЕ), познатији под називом ЦЕФТА 2006. Ратификацијом Споразума, 24. септембра 2007. године, Србија се укључила у процес успостављања зоне слободне трговине у ЈИЕ. ЕУ је, у току протеклих година, пружила значајну финансијску и техничку помоћ овим државама, стимулишући државе кориснице да убрзају реформске активности.

Петооктобарским променама, и учешћем Србије на самиту, који је, новембра 2000. године, у Загребу, окупио шефове држава и влада држава чланица Европске уније и западног Балкана, означен је почетак нормализације односа између Србије и ЕУ. Овом приликом донета је одлука да се образује заједничка Консултативна радна група СРЈ-ЕУ, чиме је отворена перспектива Србије у вези са закључењем споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом. Након тога, одржано је на десетине пленарних и секторских (тематских) састанака, с циљем сталног праћења реформских процеса у Србији. Европска комисија, сваког новембра, објављује годишњи извештај о напретку Србије у Процесу стабилизације и придруживања.

Студија изводљивости представља документ, којим Европска комисија, на детаљан начин, испитује степен до тада спроведених и способност даљег спровођења неопходних политичких, економских и институционално-правних реформи, и процењује могућност отпочињања преговора о закључивању споразума о стабилизацији и придруживању. Дуготрајан процес дефинисања односа између Србије и Црне Горе, значајно је пролонгирао закључивање овог документа.

Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП), између Србије и ЕУ, требало је да буде потписан у другој половини 2006. године. До тога није дошло, због „непотпуне сарадње“ Србије са Међународним кривичним трибуналом

у Хагу. Каснији напредак у тој сарадњи омогућио је наставак преговора, 13. јуна 2007. године. Споразум о стабилизацији и придруживању коначно је потписан 29. априла 2008. године, у Луксембургу. Циљеви овог Споразума јесу: постепено развијање зоне слободне трговине између уговорних страна, унапређивање економских односа, развијање политичког дијалога између ЕУ и Србије, и почетак постепеног усклађивања српског законодавства с прописима Европске уније. Овим споразумом, Србија је добила *статус државе придружене Европској унији*. Статус придружене државе јесте статус најближих веза са ЕУ, који држава чланица може имати.

Вођење економске, фискалне и монетарне политике остаје у рукама Владе и Народне банке Србије, али се Споразумом о стабилизацији и придруживању јасно утврђују стратешки правци кретања Србије. Сам текст Споразума не наводи експлицитно да ће Србија постати чланица Европске уније, али стоји јасно да она има аспирације да постане чланица, и да ЕУ са њом, управо из тог разлога, и потписује овај споразум. Споразум о стабилизацији и придруживању, такође, представља битан корак ка статусу кандидата за чланство у Унији, и приступу претприступним фондовима ЕУ.

Србији је, до краја 2010. године, омогућен бесцарински извоз скоро свих производа на тржиште ЕУ. С друге стране, Србија ће, у фазама, а најкасније у прелазном периоду од шест година, од дана ступања на снагу Прелазног споразума, уз ССП укинати царине на индустријску робу, и око 75 % царина на пољопривредну робу, пореклом из ЕУ. Овај прелазни период значи да ће шесте године, од дана ступања на снагу Прелазног споразума, царина бити потпуно укинута, иако Србија може извршити либерализацију и у краћем року, ако процени да је то сврсисходно. Како би омогућила функционисање зоне слободне трговине, Србија се обавезала да ће усклађивати своје законодавство са прописима ЕУ. Та обавеза детаљно је разрађена за најбитнија питања, као што су: конкуренција и државна помоћ, заштита потрошача, стандардизација и технички прописи, заштита права интелектуалне својине, и приступ јавним набавкама.

Будући да ССП, у име Европске уније, потписују Европске заједнице и све државе чланице, процедура његовог ступања на снагу врло је компликована, и веома дуго траје. Ово је последица чињенице да га све потписнице морају ратификовати (Европске заједнице, 27 држава чланица ЕУ, и Србија), што понекад траје годинама. Да би се превазишла овако сложена и дуготрајна процедура, из ССП-а се „узимају“ делови који су у надлежности Европске заједнице, и од њих се формира тзв. *Прелазни споразум* (Interim agreement), за чије ступање на снагу није потребна ратификација држава чланица, већ само Европске заједнице и Србије. Овај споразум потписује се истог дана, када ССП и ступа на снагу, углавном два до три месеца након потписивања. Њиме ступају на снагу најбитније економске одредбе из ССП-а. Прелазни споразум Србије и

ЕЗ потписан је 29. априла 2008. године, када и ССП, и њиме је предвиђено да либерализација трговине отпочне од 1. јула 2008. године. Прелазни споразум важиће до момента ступања на снагу ССП-а. ССП се закључује на неодређено време, и регулише односе Србије и Европске уније, све до момента приступања Србије Европској унији, или до склапања неког другог свеобухватног споразума, који би заменио ССП. До фебруара 2011. године, Споразум о стабилизацији и придруживању Србије Европској унији ратификовало је 13 земаља ЕУ.

Иако је 29. априла 2008. године потписан и Споразум о стабилизацији и придруживању и Прелазни споразум, којим је предвиђено да се Прелазни споразум примењује од 1. јула 2008. године, Европска заједница је, Закључком Савета министара, а на инсистирање Холандије, одлучила да не почне да примењује Прелазни споразум, док Србија не достигне пуну сарадњу са Међународним трибуналом за ратне злочине у Хагу. Након побољшања сарадње с Хашким судом, Европска унија одблокирала је Прелазни трговински споразум са Србијом, и ЕУ је почела да га примењује, од 1. јануара 2010. године. Србија је, од 30. јануара 2009. године, већ почела да једнострано примењује Прелазни трговински споразум, према коме су царине на робу из ЕУ укинуте или смањене.

Споразум о визним олакшицама и Споразум о реадмисији, између Европске заједнице и Републике Србије, потписани су 18. септембра 2007. године, и представљају први корак ка успостављању безвизног режима. Ови споразуми ступили су на снагу 1. јануара 2008. године.

Након потписивања ССП-а, држава потписница, Савету министара, подноси званични *захтев за чланство у ЕУ*. Савет министара, потом, захтев прослеђује Европском савету, на разматрање, и налаже Европској комисији отпочињање процедуре за пријем у чланство, тј. да Комисија изради и достави тзв. „Упитник“. *Упитник* садржи неколико хиљада питања, која покривају целокупно функционисање једне државе, наравно у областима које су покривене надлежностима саме ЕУ. Добијањем одговора на ова питања, Европска комисија добија потпуну слику о напретку реформи, и спремности администрације дате државе да успешно води преговоре о Споразуму о приступању Европској унији. Након достављања одговора Европској комисији, и њихове анализе у њеним службама, Европска комисија издаје Мишљење (тзв. „Авис“) о спремности да се држави, која се пријављује за чланство, одобри статус државе кандидата, па упућује одговарајућу препоруку Европском савету. Комисија истовремено може, али и не мора, предложити и датум заказивања почетка преговора о чланству са том државом. Предлог Комисије, „Авис“, у сваком случају ће бити позитиван, или се Комисија уопште неће изјаснити у вези с тим питањем. Европски савет разматра предлог „Авис“, и усваја га. Само се једном десило, у случају Грчке, 1976. године, да је Европска комисија издала негативан „Авис“, а да је Савет министара донео одлуку о отпочињању преговора о чланству са Грчком. У већини случајева, рок за добијање Мишљења траје око годину дана, мада

може трајати и дуже од тога. Своје Мишљење и препоруку, Европска комисија упућује Европском савету, који доноси коначну одлуку о *одобравању статуса кандидата* за чланство у ЕУ. Након што Европски савет усвоји позитивну препоруку Комисије, он сазива билатералну међувладину конференцију држава чланица Европске уније, с једне, и државе која је поднела захтев за чланство у ЕУ, с друге стране, а на којој држава добија званични статус кандидата за чланство у ЕУ. Европски савет може, али не мора, заједно са одлуком о давању статуса кандидата за чланство, заказати и датум почетка *преговора о чланству у Европској унији*.

Србија је поднела захтев за чланство у ЕУ 22. децембра 2009. године, а 24. новембра 2010. године добила је Упитник Европске комисије. Дана 31. јануара 2011. године, Србија је предала одговоре на 2.483 питања из Упитника, на основу којих ће се процењивати њена спремност за добијање статуса кандидата за чланство у Унији.

Преговори о чланству у ЕУ трају у просеку од три до пет година, што опет зависи од способности државе да, у току преговора, усклађује своје законодавство с правним тековинама ЕУ. Европска унија је, у процесу преговора, пребацила акценат анализе напретка државе, са процеса усвајања прописа, на фазу њиховог спровођења. Тиме се онемогућава да у држави, која настоји да постане чланица ЕУ, дође до раскорака између правног стања у законодавству, и фактичког стања на терену, где се усвојени, хармонизовани прописи, заправо не примењују. На овај начин, појачава се потреба за изградњом јаког административног и судског капацитета за примену и спровођење прописа, који су претходно усклађени са правним тековинама ЕУ (ацџуис цоммунаутаире).

Након закључивања преговора, потписује се *Споразум о приступању Европској унији*, који мора бити ратификован од парламента државе кандидата, парламената свих држава чланица ЕУ, и Европског парламента. Држава улази у чланство Европске уније на дан, који је дефинисан Споразумом о приступању Европској унији, под условом да је на време завршен процес ратификације Споразума у парламентима свих страна потписница. Будући да процес ратификације траје око две године, држава, која приступа Европској унији, након потписивања Споразума о приступању ЕУ, почиње да учествује у раду органа ЕУ, у својству посматрача, како би била у могућности да изрази свој став у процесу доношења одлука, до тренутка ступања у *чланство ЕУ*, када се активирају права те државе, као државе чланице ЕУ, да учествује у доношењу одлука у оквиру органа ЕУ. Уласком у Европску унију, држава прихвата да се на њеној територији примењују правила Европске уније, и правне тековине Европске уније постају њено унутрашње право. Могуће је договорити прелазне периоде, који ће трајати након ступања у чланство ЕУ, у којима ће се нова држава чланица прилагодити новим правилима.

Стратешки документи за приступање Србије ЕУ

Приступање Европској унији представља *стратешко опредељење Србије*, што је потврђено низом докумената усвојеним од стране Народне скупштине Републике Србије и Владе Републике Србије. Пре свега, Народна Скупштина РС усвојила је 13. октобра 2004. године *Резолуцију о придруживању Европској унији*.² У тачки 4. Резолуције предвиђено је да ће „усклађивање законодавства Републике Србије са правним тековинама Европске уније добити приоритет у раду Народне скупштине Републике Србије, укључујући и увођење посебних процедура за побољшање ефикасности тог процеса“. Такође, у тачки 6. Резолуције предвиђена је обавеза Владе РС да изradi националну стратегију Србије за придруживање Србије (и Црне Горе) Европској унији и да спроводи мере за убрзано усклађивање права Србије са правним тековинама Европске уније. Затим, потписивањем *Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране*, 29. априла 2008. године у Луксембургу, а који је Народна скупштина РС потврдила посебним *Законом*,³ Србија се обавезала на постепено усклађивање свог законодавства са правним тековинама европских заједница, као и на његову доследну примену.⁴ У *ССП-у* предвиђена је и обавеза Србије да у договору са Европском комисијом припреми *посебан програм за спровођење обавеза из ССП-а*,⁵ као и обавеза да, у договору са том институцијом, дефинише *начине праћења спровођења усклађивања законодавства и законодавне мере које треба предузети у вези са њиховом применом*.⁶

У складу с гореистакнутим преузетим обавезама, Влада РС, на својој седници одржаној 9. октобра 2008. године, усвојила је *Национални програм интеграције Републике Србије у Европску унију (НПИ)*.⁷ НПИ садржи законодавне и административне мере које ће наша земља преузети како би до краја 2012. године била спремна за преузимање већине обавеза које проистичу из чланства у ЕУ. Такође, овим актом предвиђено је и да се Влади РС, до краја 2009. године, поднесу предлози измена и допуна *НПИ-а*, ради усклађивања са новим прописима ЕУ и предлозима Европске комисије у погледу даљих реформи. Ова обавеза је испуњена и децембра 2009. године на Влади РС усвојен је *измењени и допуњени Национални програм за интеграцију Републике*

2 „Службени гласник РС“, бр. 112/2004.

3 Видети: Закон о потврђивању *Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране*, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008 (у даљем тексту ССП).

4 Видети: чл. 72. ст. 1. ССП.

5 Видети: чл. 72. ст. 4. ССП.

6 Видети: чл. 72. ст. 5. ССП.

7 Видети: Закључак Владе Републике Србије 05 број 011-8137/2007-10.

Србије у Европску унију. Првобитни *НПИ* из 2008. године, као и ревидирани *НПИ* из 2009. године, предвиђају реформске кораке које наша земља мора да преузме у областима које су обухваћене „критеријумима из Копенхагена“, тј. политичким, економским и критеријумом способности земље да преузме обавезе из чланства у ЕУ.⁸ *Критеријум способности земље да преузме обавезе из чланства у ЕУ* од кључне је важности за процес хармонизације домаћег законодавства са европским законодавством, те су у њему представљене законодавне активности за сваку од три преостале године до 2012. године. Затим, четврто поглавље ревидираног *НПИ* односи се на актуелно стање и планове у процесу припреме националне верзије правних тековина ЕУ.⁹ Коначно, два анекса ревидираног *НПИ*-а представљају даљу конкретизацију законодавних активности, у форми табела, за период 2010–2012.¹⁰

*Канцеларије за европске интеграције (у даљем тексту Канцеларија)*¹¹ благовремено је подносила извештаје Влади РС о спровођењу *НПИ*-а и то: један извештај 2008. године, два извештаја 2009. године, четири извештаја 2010. године и два извештаја 2011. године.¹² Из последњег извештаја за период април–јун 2011. године, који је објављен јула 2011. године, стоји да је у периоду од јула 2008. године до јуна 2011. године Влада РС планирала утврђивање *185 предлога закона*, од чега је утврђено *178 предлога закона*, или *96 %*. У истом периоду, Народна скупштина РС усвојила је *172 закона*, чиме је испунила *97 %* својих обавеза (*172/178*). Када је реч о усвојеним *законским актима*, *НПИ* је испуњен *93*

8 Видети: прво, друго и треће подглавље ревидираног *НПИ*.

9 Ово подглавље садржи и *НПИ* из 2008. године.

10 У односу на *НПИ* из 2008. године, ревидирани *НПИ* из 2009. године не садржи подглавља која се односе на административне и правосудне капацитете за спровођење правних тековина ЕУ и на општу финансијску процену реформи. Њихово усвајање и додавање у форми анекса остављено је за каснији период, након усвајања буџета и завршетка са рационализацијом државне управе. *Наглашавамо да рационализација државне управе и јачање административних капацитета ради приступања наше земље ЕУ до данас нису обављени на један целовит начин.*

11 Назив *Канцеларија за европске интеграције* фигурира од 2007. године, будући да је 2004. године основана као стручна служба Владе РС под називом *Канцеларија за придруживање ЕУ*. Канцеларија је одговорна Председнику Владе РС, односно Потпредседнику Владе РС на кога је Председник пренео овлашћења по питању европских интеграција. Делокруг рада Канцеларије предвиђен је у чл. 2. *Уредбе о оснивању Канцеларије за европске интеграције* („Службени гласник РС“, бр. 126/07, 117/08, 42/10 и 48/10). Између осталог, овом Уредбом предвиђено је да Канцеларија обавља стручне, административне и оперативне послове и послове за потребе Владе повезане са координисањем рада министарстава, посебних организација и служби Владе. Од низа тих послова, издвајамо да би Канцеларија требало да *подстиче и прати усклађивање прописа РС са прописима и стандардима ЕУ и обавештава ЕУ и јавност о томе.*

12 Извештаји су доступни и могу се видети на сајту *Канцеларије за европске интеграције*: <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/nacionalna-dokumenta.203.html>

%. Када је реч о свим прописима, планираним за усвајање од јула 2008. године до јуна 2011. године, НПИ је испуњен 82 % (649/795). Затим, од предвиђених обавеза за друго тромесечје 2011. године, Влада РС је усвојила свих седам подзаконских аката планираних за тај период (100 %). Министарства су на нивоу од 75 % успешности у погледу усвајања подзаконских аката. Даље, испуњене су обавезе из ранијих извештајних периода, а такође су унапред испуњене обавезе у погледу усвајања 13 прописа од разних министарстава и агенција. У другом тромесечју 2011. године, Влада РС је од планираних осам предлога закона, предвиђених НПИ-ом, утврдила четири предлога закона, или 50 %, и то: 1) Предлог закона о енергетици, 2) Предлог закона о изменама и допунама Закона о ваздушном саобраћају, 3) Предлог Закона о изменама и допунама Закона о заштити права оплемењивача биљних сорти и 4) Предлог закона о патентима. Народна скупштина РС је усвојила 15 закона, предвиђених НПИ-ом за овај период, и то: 1) Закон о контроли предмета од драгоцених метала, 2) Закон о привредним друштвима, 3) Закон о спорту, 4) Закон о адвокатури, 5) Закон о извршењу и обезбеђењу, 6) Закон о изменама Закона о акцизама, 7) Закон о изменама и допунама Закона о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, 8) Закон о тржишту капитала, 9) Закон о заштити корисника финансијских услуга, 10) Закон о изменама и допунама Закона о финансијском лизингу, 11) Закон о изменама Закона о попису пољопривреде 2011. године, 12) Закон о изменама Закона о попису становништва, домаћинства и станова 2011. године, 13) Закон о обавезном примерку публикација, 14) Закон о старој и реткој библиотечкој грађи и 15) Закон о младима. Сходно томе, у погледу утврђивања предлога закона и усвајања подзаконских аката планираних за друго тромесечје 2011. године, Влада РС била је на нивоу успешности од 75 %, с обзиром на то да је од планираних 68, утврдила, односно усвојила, 51 пропис.

Инструменти усклађивања домаћих прописа са европским прописима и праћења процеса хармонизације

У нашој земљи примењују се, углавном, два инструмента у сврху усклађивања домаћих прописа са европским прописима.¹³ Реч је о *Изјави о усклађености нацрта закона, другог прописа и општег акта са прописима Европске уније* и *Табели усклађености прописа*. *Изјава о усклађености прописа* врши повезивање прописа са свим изворима примарног и секундарног законодавства релевантним за његов нормативни садржај без улажења у појединости. С друге стране, *Табела усклађености прописа* врши приказ подударности конкретних одредаба прописа са одредбама конкретног

¹³ Видети: Владимир Тодорић, Никола Јовановић, *Студија о имплементацији европског законодавства у Србији*, Центар за нову политику, Београд, 2011, стр. 16–20 и на другим местима.

секундарног извора права ЕУ. *Изјаву и табелу* обавезни су да попуњавају стручни органи државне управе, односно предлагачи материјала за Владу, и то за нацрте закона почев од 1. јуна 2010. године, односно за предлоге уредби и одлука од 1. јула 2011. године. Такође, предлагач је дужан да прибави и *мишљење Канцеларије* о нацрту закона, односно предлогу уредбе и одлуке, и посебно о правилној попуњености инструмената за усклађивање прописа. Мишљење Канцеларије прибавља се и о предлогу стратегије развоја почев од 1. јуна 2010. године.

Поред овога, ради убрзања стицања статуса кандидата, Влада РС је, на седници одржаној 29. децембра 2010. године, усвојила и *Акциони план за испуњавање приоритета из Годишњег извештаја Европске комисије за 2010* (у даљем тексту *Акциони план*). *Акциони план* представља инструмент за праћење напретка наше земље у европским интеграцијама. До сада су објављена *три* извештаја о спровођењу *Акционог плана* од стране Канцеларије, а које је усвојила Влада РС.¹⁴ Из последњег извештаја¹⁵ јасно се види динамика испуњења обавеза наше земље према одређеним областима. Тако су ради јачања демократизације и владавине права усвојени одређени кључни закони, попут: *Закон о изменама и допунама Закона о избору народних посланика*, којим се укидају бланко оставке; *Закон о финансирању политичких активности*, којим су дата већа овлашћења Агенцији за борбу против корупције; *Закон о изменама и допунама Закона о потврђивању Опционог протокола уз конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака*. Поред ових, усвојена су још два закона, битна за кандидатуру: *Закон о враћању имовине и обештећењу* и *Закон о јавној својини* (усвојени 26. септембра 2011. године). Друге области на које се *Акциони план* односи јесу: *област правосуђа*, у којој су отклоњени указани недостаци у процесу реформе, а такође су усвојени и одговарајући закони, попут: *Закон о изменама и допунама Закона о Високом савету судства* и *Закон о изменама и допунама Закона о Државном већу тужилаца*, *Закон о извршењу и обезбеђењу*, *Закон о јавном бележничтву*, *Законика о кривичном поступку*, *Закон о парничном поступку*; затим, *област независних институција и регулаторних тела*, у којој је, рецимо, успостављена *Правосудна академија*, такође је почела са радом *Канцеларија Повереника за заштиту равноправности*, ојачани су капацитети секретаријата *Државне ревизорске институције* и *Агенције за борбу против корупције*; *област јачања административних капацитета*, у којој су учињени напори, пре свега, на плану државне помоћи и јавних набавки; *област формирања управљачких тела*; *област безбедности и борбе против корупције*, у којој су учињени напори на плану спречавања злоупотреба визне либерализације, а такође је повећан и број оптужења и истрага на пољу корупције; и *остале области* (тржиште капитала, грађевинарство и друге).

14 Извештаји су доступни и могу се видети на сајту *Канцеларије*.

15 Овај извештај је објављен октобра 2011. године.

Уместо закључка

Претходни подаци говоре о живој законодавној активности Народне скупштине РС, захваљујући пре свега законодавној иницијативи Владе РС, као и праћењу и подстицању процеса правног усклађивања од Канцеларије за европске интеграције. Може се уочити да, статистички гледано, наша земља *успешно* испуњава своје обавезе по питању хармонизације прописа. Но, с тим у вези, поставља се питање *ефикасне примене закона и утицаја закона на побољшање квалитета живота људи*. Аутоматско усвајање закона са европске агенде није довољно. Потребно је обезбедити ефикасну примену хармонизованих закона, као и њихову усклађеност са повезаном законском регулативом. У низу горенаведених докумената истакнут је значај ефикасне примене закона, те се намеће питање: *да ли је овај циљ реализован у пракси, и ако није, који су узроци таквог стања?*

Мали је број студија у нашој земљи које се озбиљно баве испитивањем ефеката усклађивања нашег законодавства са европским прописима, као и проблемима који настају у вези са применом нових прописа. На овом месту, наводимо само неке резултате једне новије студије¹⁶ о имплементацији прописа ЕУ у Србији, чији је основни циљ *конкретизација питања у вези са спровођењем усвојених европских закона*. Овом студијом обрађено је неколико области, коришћењем посебне методологије, и то: јавне набавке, државна помоћ, праће новца, права интелектуалне својине и заштита потрошача. Наиме, узимајући за полазну основу формалистички приступ у усклађивању нашег законодавства са европским, исказан кроз, како аутори студије наводе,¹⁷ „машинско“ попуњавање Изјаве усклађености и Табеле усклађености, затим, кроз тзв. „регулаторну инфлацију“, али и неадекватан број стручних кадрова, пре свега правника, који би радили на пословима хармонизације, споменута студија на објективан начин покушава да измери три аспекта спровођења једног правног оквира који се посматра у целини: правни у ужем смислу, институционални и финансијски. *Правни аспект у ужем смислу* односи се на следећа питања: *да ли је правни оквир предвиђен НППИ-ом усвојен; колики је степен усклађености усвојених закона са европским законодавством; да ли постоји колизија са постојећим домаћим прописима и како се она разрешава; да ли су усвојени сви релевантни подзаконски прописи; и уставна и међународна питања. Институционални аспект имплементације* односи се на следећа питања: *да ли је установљен институционални оквир; да ли институција дели овлашћења са другим надлежним институцијама за имплементацију; да ли су овлашћења институције адекватна; ефикасност институције; и капацитет институције. Финансијски аспект имплементације* обухвата следећа питања:

16 Видети: Владимир Тодорић, Никола Јовановић, *op. cit.*, 2011.

17 *Ibid.*, стр. 27.

финансирање институција; да ли је урађена анализа ефеката прописа;¹⁸ проценат испуњености систематизације институције; да ли постоји сукоб интереса између финансирања институције и новчаних казни које наплаћује; и питање ревизије од стране Државне ревизије.

На овом месту, ради илустрације ефикасности примене одређених домаћих прописа, наводимо налазе и препоруке споменуте студије у области конкуренције.¹⁹ Пре свега, утврђено је постојање временског вакуума између доношења Закона о заштити конкуренције (ЗЗК) из 2009. године²⁰ и формирања Комисије за заштиту конкуренције 2010. године, као кључне институције у овој области. Временско заостајање од 15 месеци јесте дуг период у коме је ниво имплементације ЗЗК-а био на најнижем нивоу. Затим, сам ЗЗК, као и подзаконски акти који га прате, јесу на оптималном нивоу усклађености са европским стандардима у овој области, али је студијом указано да је потребно преиспитати друге законе који регулишу питање конкуренције у посебним секторима. Наглашена је потреба за хитним укидањем ретроактивне примене ЗЗК-а на случајеве који су започети по старом закону. Даље, потребно је успоставити систем координације и заједничко извештавање Комисије за заштиту конкуренције и других државних органа. Коначно, потребно је повећати капацитет и активност Комисије у секторским анализама тржишта, смањити диспропорционалност у раду Комисије која иде на штету испитивања картела и злоупотребе доминантног положаја на тржишту, преиспитати систем финансирања Комисије, и друго.

Претходни пример показује шта је све потребно урадити да би једна област била добро регулисана и да би усклађени закон био ефикасно примењен. Јасно је да је ЗЗК усклађен са европским стандардима, али да ипак није „доживео“, у правом смислу те речи, ефикасну примену. Студија указује шта је све потребно променити да би тај циљ био остварен. Тиме се враћамо на основно питање у вези са ефикасном применом закона, и видимо да није довољно само формално ускладити домаће прописе са европским прописима, већ да тај процес обухвата низ пратећих активности, попут: финансирања кључних институција, координације државних институција, доношења подзаконских аката, колизије или усклађености са другим прописима, анализе ефеката прописа, итд. Све ово

18 *Анализа ефеката прописа (АЕП)* представља метод којим се анализира потреба за доношењем новог прописа, као и вероватни ефекти нових прописа, односно промена постојеће регулативе. То је, у ствари, начин да се унапред (*ex ante*) процене трошкови и користи од промене регулативе и створи основ за доношење политичких одлука. Детаљније о томе: Бранко Радуловић и други, *Анализа ефеката прописа*, приручник, Београд, 2009. Иначе, АЕП предвиђена је *Стратегијом регулаторне реформе у Републици Србији за период од 2008. до 2011. године* („Службени гласник РС“, бр. 94/2008).

19 Видети: Владимир Тодорић, Никола Јовановић, *op. cit.*, 2011, стр. 90–107.

20 „Службени гласник РС“, бр. 51/2009.

мора бити праћено снажним административним капацитетима, координацијом и адекватном контролом активности министарстава која раде на изради нацрта закона, стручним кадровима, итд. Будући да нашој земљи све ово, у приличној мери, недостаје, неопходно је инсистирати на ефикасности процеса усклађивања домаћих прописа са прописима ЕУ, по цену одређеног пролонгирања планираних рокова. Суштинска и ефикасна реформа законодавства не сме бити замагљена формалним променама. Ако се томе додају политички проблеми са којима се наша земља суочава на свом „европском путу“ (Косово и Метохија), очигледно је да формални улазак Србије у ЕУ не можемо прецизно временски предвидети. У међувремену, наша земља треба да ради на даљем јачању својих административних капацитета и хармонизацији законодавства, посебно на ефикасности примене закона и исправљању уочених недостатака, јер од тога користи могу имати грађани Републике Србије.

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Aleksandar Mojašević, LL.M.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

SERBIA IN THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION

Summary

There are specific requirements which have to be met by any state aspiring to join the European Union. These requirements include: the political criteria (establishing stable institutions which guarantee democracy and the rule of law, the observance of human and minority rights), the economic criteria (the existence of a functional market economy capable of standing the competition on the EU market) and the legal criteria which are reflected in the ability of the state to assume and fully observe the obligations stemming from the EU membership (including the adoption of legal aquis of the EU and the existence of the administrative and judicial capacities for their implementation). The Republic of Serbia submitted an application for the EU membership in December 2009, and submitted the responses to the Questionnaire in January 2011 which will be use as the ground for assessing its capacity to obtain a candidate status for EU membership.

Key words: *European Union, integration, European treaties, EU membership, harmonization of laws.*

СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКА ВЕШТАЧЕЊА МАЛОЛЕТНИХ УЧЕСНИКА СУДСКИХ ПОСТУПАКА

Апстракт: Судско-психијатријска вештачења малолетних учесника судских поступака представљају, како са процесног становишта, тако и са становишта суштинске експлорације психичког стања малолетних учесника судских поступака, једну од значајних доказних процедура у поступцима у којима у разном статусу учествују малолетне особе.

У суштини ради се о мултидимензионалном сагледавању стања душевног здравља малолетних учесника судских поступака, те су ова вештачења резултат тимског рада (или би требала бити) судских психијатара, клиничких психолога, педагога, социјалних радника, дефектолога и др.

Судска, као и судско-психијатријска пракса, указују на све веће присуство малолетних особа у разним судским поступцима, било да се ради о оним из кривичноправне или оним из грађанскоправне области. При томе, а због пораста стопе малолетничке делинквенције, највећи број ових вештачења подразумева процену оних психијатријских и психолошких околности које су значајне за објективну евалуацију тих елемената и доношење правичне и законите пресуде према малолетним извршиоцима кривичних дела. Осим овога, у кривичноправној области, не треба занемарити судскопсихијатријска вештачења малолетних жртава и/или сведока кривичних дела, јер правилни приступ према овим особама и објективна процена њиховог психичког стања и способности за давање изјава пред судом, ствара значајне основе за правичну и закониту пресуду.

Ова вештачења у грађанскоправној области најчешће се обављају у поступцима накнаде нематеријалне штете, ради процене способности за давање изјаве са којим ће родитељем живети у случају развода брака родитеља, али и у судским процесима развода бракова и доношења одлука о повери деце.

Кључне речи: малолетници, малолетничка делинквенција, кривично-правна заштита малолетника, грађанскоправна заштита малолетних лица.

А) УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Период малолетништва је животно доба до стицања пунолетства, што према нашим законским нормама обухвата добни узраст до навршених 18 година живота^{1, 2}. С обзиром на значајне разлике у односу на одрасле особе, тј. особе из животног доба пунолетства, осим посебног нормативног издвајања ових лица, неопходан је и специфичан приступ према малолетним учесницима судских поступака, са првенственим циљем да се заштите њихова права и интереси. Ове околности огледају се у разним ситуацијама када су малолетна лица учесници судских поступака, било да се ради о оним из кривичноправне или оним из грађанскоправне области.

У складу са њиховим добним узрастом, а према постојећим законским прописима сва малолетна лица разврставају се у следеће категорије:

- 1) Малолетна лица до навршене 14. године живота - деца.
- 2) Малолетници узраста између 14 и 16 година живота - млађи малолетници.
- 3) Малолетна лица између 16 и 18 година живота - старији малолетници.

Као што је већ наведено, постојеће одвајање малолетних лица у нормативном смислу од одраслих, тј. пунолетних лица, резултат је утврђених значајних разлика у односу на одрасла лица. Оне се доминатно огледају на биолошком, психолошком и социјалном плану, што је све резултат још увек недовршеног развоја и структурације личности малолетника.

У ширем смислу, а због извесних сличности са малолетницима (још недовршено сазревање личности), као и услед постојања одређених разлика у односу на одрасле, правним нормама су, на изванредан начин, издвојене и особе од 18. до 21. године-млађа пунолетна лица.

У психијатријском и психолошком смислу малолетништво припада периоду адолесценције. Адолесценција, са психолошког и психијатријског становишта обухвата период између 12. и 26. године живота (1), уз напомену да се адолесцентна психологија бави нормопсихолошким развојем и карактеристикама особа из наведеног животног периода, док адолесцентна психијатрија сагледава менталне поремећаје у овом периоду, како са становишта њихове етиологије, клиничке слике, дијагностике, тако и са аспекта лечења, рехабилитације и ресоцијализације адолесцената који испољавају стања психичке измењености.

По добном узрасту и карактеристикама у адолесценцији се издвајају три фазе: Рана адолесценција (од 12.-14.г.), Права адолесценција (од 14.-18.г.) и Касна адолесценција (од 18- 26.).

Из наведеног се може јасно закључити да период малолетништва представља сегмент адолесцентног периода у смислу да адолесценција сагледава

1 Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника

2 Породични закон Републике Србије, Службени гласник 72/2011, Београд.

и психолошке и психијатријске димензије и лица која су старија од 18 година, све до 26. године живота. Другим речима, Касна адолесценција не припада малолетничком периоду, јер се односи на особе из старосне групе од 18 до 26 година.

Б) АДОЛЕСЦЕНЦИЈА

У циљу што бољег сагледавања карактеристика периода малолетништва биће изложене основне карактеристике адолесцентног периода и његових фаза, уз напомену да се многа својства адолесцената препознају код лица у узрасту малолетних лица, што је и за очекивање, јер се ови периоди у значајном делу подударају или преклапају. Фазе адолесцентног периода су већ наведене и то: Рана (узраст од 12 до 14 година), Права (од 14 до 18 година) и Касна адолесценција (од 18 до 26 година)

У адолесценцији настаје сложена интеракција биолошких, психолошких и социјалних фактора, те се говори о наведеним облицима развоја личности.

1. Биолошки развој је резултат значајних биолошких промена и процеса и исти се превасходно огледају на плану: физичког раста, полног сазревања и неуро-хормоналних измена.

1 а) Физички раст одликује раст у висину и увећање телесне масе. У склопу тога долази до раста и измена на коштаном систему, као и специфичне промене телесних својства које праве све јасније разлике између дечака и девојчица. Ове разлике нису само видљиве према спољним својствима, већ се огледају и на унутрашњим органима (другачији развој и облик карлице између дечака и девојчица, што касније ствара предуслове за репродуктивну способност особа женског пола, разлике у мишићној маси, прерасподела масног ткива и другачији облик трупа између особа мушког и женског пола, што води видљивим разликама између њих током трајања и окончања адолесцентног периода). И код једних и код других физички раст нема исто време почетка, али у принципу код девојчица настаје нешто раније, док је код дечака изразитији до краја периода праве адолесценције. Физички раст нема ни подједнаку динамику и континуитет, али у принципу на овом плану има најмање озбиљних одударања од просечних вредности или неких поремећаја.

1 б) Полно сазревање је један од основних елемената, не само биолошког, већ и целокупног сазревања личности. На биолошком плану долази до развоја примарних и секундарних сексуалних карактеристика. Код женских особа долази до сазревања унутрашњих гениталних органа које стварају основу за будући период материнства, настаје специфични облик груди, маљавости и др. Сличне промене се дешавају и код мушкараца, што све дефинитивно ствара разлике у сексуалним карактеристикама између мушких и женских особа током и након окончања адолесцентног периода. И овај сегмент биолошког развоја

најчешће резултира пуним и правилним полним развојем особа, чији је резултат стварање основа за процес репродукције, односно стварање потомства.

Ни полно сазревање не мора увек имати континуирани ток и једнако време почетка, што некада може довести до одређених последица на психолошком плану (посебно ако адолесцент запажа да се код њега или ње не дешавају такве промене као код вршњака, те се може створити осећање несигурности, повученост, стид или друга непријатна психолошка доживљавања).

1 ц) Неуро-хормоналне промене огледају се у почетку рада одређених жлезда или у појачаном лучењу хормона већ активних жлезда са унутрашњим лучењем. Повећава се лучење хормона раста, као и хормона полних жлезда, штитасте жлезде, надбрубрежних жлезда и др. Овај неуро-хормонални развој је изузетно значајан у процесу формирања својства одраслих особа, а започиње и манифестује у адолесцентом периоду.

У принципу, код највећег броја адолесцената биолошки развој има своју константност и прогресивност, те овај сегмент развоја не показује значајнија одступања међу припадницима адолесцентне популације.

2. Психолошки развој представља у суштини процес психичког сазревања личности (2). Са психолошког, као и психијатријског становишта представља најзначајнији сегмент адолесцентног периода. Наравно, као и остали делови развоја, ни овај се не одвија самостално и без утицаја разних других чинилаца, међу којима је посебно значајан утицај различитих биолошких и социјалних фактора.

У принципу се ради о веома комплексном процесу, чији се ток и карактеристике тешко могу схематизовати, али се посебан значај придаје следећим компонентама психолошког развоја личности: сазнајни развој, емоционално сазревање и вољно-нагонске промене.

2 а) Сазнајни развој у принципу представља константно и перманентно сазревање сазнајних, тј. когнитивних функција. С обзиром да овај сегмент психолошког развоја у значајној мери зависи од фактора наслеђа, које у највећем броју случајева даје основу за развој когнитивних способности до просечних вредности, овај део психичког развоја је углавном са најмање криза и осцилација и у највећем броју случајева долази до линеарног повећања сазнајних способности личности.

Интелектуалне способности се перманентно развијају, чак и значајно пре него што личност дође у узраст адолесцента. Међу њима посебан значај имају способности за разликовање битног од небитног, схватање и разумевање узрока, тока и последица природних и друштвених збивања, настанак и развој апстрактних интелектуалних способности и др. Захваљујући овоме повећава се „капацитет“ личности за сналажење у новим ситуацијама (пред новим задацима, у непознатим и новим емоционалним околностима или у социјалним ситуацијама које личност до тада имала у свом искуству) и решавања проблема путем мишљења итд.

2 б) Емоционално сазревање је део психолошког развоја у сфери емоционалног живота личности. У овом периоду се повећава емоционална зрелост, пре свега кроз способности да се поднесу емоционалне тензије и напете ситуације, а без или са што мање негативних осећања гнева и беса. Све више контролу над емоцијама врше интелектуални процеси у односу на нагонске потребе, чиме је израженија уравнотеженост у одређеним емоционалним реакцијама, што је значајно у систему понашања.

С обзиром да у адолесцентом периоду процес њиховог емоционалног развоја још увек траје и да још увек није достигнута пуна емоционална структурисаност ових личности, емоционалност адолесцената има своје одређене карактеристике. Још увек се среће емоционална преосетљивост и релативно брза променљивост, мањка им емоционална самосталност, а још увек се дешава да нагонски процеси надвладају интелектуалне у контроли емоционалних реакција. Иако се контрола емоција повећава, ипак су могуће осцилације, што некада ствара „буру“ емоционалних одговора и понашање без потпуног предвиђања његових последица.

Адолесценти су некада себични, траже оправдања за своје грешке у реакцијама других и, не ретко, љубоморни. Повећана емоционална осетљивост може резултирати реакцијама гнева, беса или нерасположењем и повећањем напетости. У адолесценцији није ретка напетост и несигурност у социјалним релацијама. Иако емоционално несигурни, адолесценти имају потребу да привуку пажњу околине и да од ње добију признање (гратификацију), што често остварују на незграпан и упадљив начин.

Социјална несигурност често изазива страх и nelaгодност у дужем временском периоду. Међутим, са протоком времена, наведени и други феномени се умањују, те у највећем броју случајева око 17.-18. године долази до стабилизације емоционалног живота.

Наравно, још увек се не може говорити о потпуној емоционалној зрелости, нарочито у раним фазама адолесцентног периода, јер личности овог добног узраста и даље показују елементе емоционалне несигурности, неодлучности, емоционалне зависности од старијих и др., али се са протоком времена полако, али сигурно приближавају све већем степену емоционалне зрелости. У овом делу развоја присутна су колебања, често одсуствује континуирани и перманентни ток „на боље“, тако да емоционални развој има фазну кривуљу, са периодима напретка, али и периодима стагнације или чак враћања уназад. Оно што је најбитније је да се у највећем броју случајева ове „кризе“ позитивно превазилазе и да све више до изражаја долазе обележја емоционално зреле личности.

С обзиром да се са појмом емоционалне зрелости често барата и у области права, али и судске психијатрије и судске психологије, биће наведене неке од основних обележја емоционално зреле особе. Оне су реалне, савесне, способне да успоставе дубље емоционалне везе са другим људима и да имају

саосећање (емпатију) за друге, интелектуални процеси доминирају над нагонско-импулсивним у контроли емоционалних доживљавања и реакција, способни су да модификују, одлажу и дозирају емоционалне реакције и испоље завидан степен емоционалне самосталности. Уз то треба додати да имају развијена социјална и етичка осећања, што им ствара предуслове за адекватним и прилагођеним понашањем у ужој и широј социјалној средини.

На жалост, у одређеном броју све особе не стичу обележја емоционално зрелих особа и то не само у адолесценцији, већ и далеко после овог периода. То су емоционално незреле особе, које су супротност по својствима емоционалности од емоционално зрелих и према моделу који доминира разврставају на претежно пасивне, претежно агресивне и агресивне.

2 в) Вољно-нагонске промене

У овај сегмент развоја адолесцената и његова обележја значајно се интерпонира утицај биолошког развоја, емоционалних промена и утицаја социјалних фактора. Као још увек недовољно емоционално и социјално зрели, адолесценти могу манифестовати колебљивост или мању истрајност у започетим активностима. Некада се срећу слабост воље, већа подложност спољним утицајима, што некада може довести до тога да се њихово понашање коси са социјалним и обичајним нормама, а у неким околностима и са законским нормама. Степен сугестибилности и некритичног прихватања туђих подстицаја је већи код адолесцената млађег узраста, што може условити и прве контакте са алкохолом, дрогама или различите облике асоцијалног или антисоцијалног понашања.

У овом животном периоду промене настају и услед развоја сексуалног нагона. Јавља се и развија полни интерес за особе супротног пола, пре свега на основу биолошких промена које настају у организму, али и значајног утицаја социјалних фактора у овој области. Настале потребе, са једне, и недовољно искуство, сигурност и адекватни модели реализације ових потреба, са друге стране, могу створити и емоционалне тензије адолесцената, кризе у остваривању сексуалног идентитета, па чак и сексуално неадекватно или агресивно понашање, што може бити основ испољавања криминалног понашања.

Дакле, психолошки развој подразумева стални процес прилагођавања у односу на постојеће биолошке промене и услове социјалне средине. У овом периоду настаје развој и достизање полног и општег идентитета, индивидуализација личности, достизање способности за одабир животних циљева, делатности и каријере, а сазревају и предиспозиције и способности за прихватање друштвених, обичајних и моралних норми у понашању.

3. Социјални развој представља наставак развоја социјалних обележја малолетника који је започет још у периоду детињства. С обзиром да овај сегмент

развоја личности адолесцената води ка формирању социјалних карактеристика које имају одрасле особе, он је од изузетног значаја у формирању њихове личности.

У адолесценцији се стабилизују постојеће и развијају нове социјалне релације, с тим да се оне прилагођавају новим биолошким и психолошким својствима адолесцената.

Посебно место у овом процесу имају породичне релације. Наиме, у породичној заједници се развијају даљи основи васпитања, при чему став родитеља има често пресудну улогу. У породици адолесцент стиче обрасце идентификације, па ће изостанак добрих узора некада условити поистовећивање са особама мимо породичног круга, што може имати и негативне последице.

Такође, све више се развија потреба са социјалном самосталношћу, што, не ретко, доводи до породичних конфликта, како због незрелости адолесцената, тако и због нетактичности родитеља према новим потребама своје деце.

Од значаја је и утицај школе и других васпитних установа, а на посредан начин и општих социо-економских услова у друштву.

У оквиру социјалног развоја посебно место припада даљем сазревању моралних ставова личности. У нормопсихолошком развоју се све више прихватају друштвене и етичке норме понашања, све више одмеравају и анализирају поступци са социјалног и моралног аспекта и размишља о мотивима, идеалима и нормама понашања.

На процес социјалног развоја утичу и друге компоненте психолошког развоја личности, те је он специфично повезан са развојем интелектуалних способности и емоционалним сазревањем адолесцената. Тако новији радови (3) указују да је социјално сазревање резултанта стварања више међусобно повезаних способности као што су: емоционална осетљивост (способност препознавања осећања и мотива других), социјална аналитичност (способност да се проникне у суштину друштвених ситуација и мотива других особа), добра самоконтрола, социјабилност (способност лаког успостављања социјалних односа), толеранција и социјална адаптивност (способност уважавања ставова и мишљења других и када је оно другачије од сопственог), доминантност (способност вођења и успешног управљања) и др. Наравно да свако од ових способности није и не развија се подједнако код сваке индивидуе, али постојање основа за сваку од ових способности указује да се развој личности одвија у добром правцу.

Као и емоционални, и социјални развој у адолесцентном периоду нема континуирано позитиван тренд, већ се фазе прогресије смењују са фазама стагнације или чак назадовања у овом сегменту развоја. Тако кривуља социјалног развоја има фазни ток и узлазне и силазне сегменте. Иако у највећем броју случајева социјални развој личности достиже квалитет социјално зреле личности, код извесног броја социјални развој личности нема исход у пуној

социјалној зрелости, када се говори о социјално незрелим или недозрелим личностима. Ова групација је чешћа међу особама које манифестују социјално неприлагођено, неадекватно или чак и антисоцијално понашање, што свакако треба имати на уму при сагледавању личности малолетника чије се вештачење врши у судским поступцима.

В) МЕНТАЛНИ ПОРЕМЕЋАЈИ У АДОЛЕСЦЕНТНОМ ПЕРИОДУ

Ментални поремећаји у адолесцентном периоду се према времену настанка, могу разврстати у две категорије: поремећаји који настају пре почетка периода адолесценције, а испољавају се и у њој и поремећаји који настају у адолесцентном периоду, са трајањем за време адолесценције или након њеног окончања. Ово разврставање, посматрано и са правног становишта има своје место у даљим разматрањима, јер ће између осталог утицати на предлагање одређених мера обавезног лечења адолесцената и умањења њихове опасности по околину.

У поремећаје који настају пре почетка адолесцентног периода сврставају се душевне заосталости различитог степена изражености (лака, умерена, тешка и дубока душевна заосталост), психозе настале у дечијем периоду, дечији аутизам, хиперкинетски синдром (који је често основа за касније емоционалне и социјалне нестабилности) и др.

Иако се у адолесценцији може наставити манифестација поменутих поремећаја, у самом адолесцентном периоду могу настати одређена душевна обољења, пре свега схизофренија (нарочито њен једноставни и хебефрени облик), одређени акутни психотични поремећаји, али и специфични поремећаји за период адолесценције (4). Међу њима се посебно издвајају: 1. Поремећај идентитета, 2. Поремећај полног идентитета, 3. Поремећај прилагођавања (adolесцентна криза) и 4. Специфична радна или академска инхибиција. Степен и облици изражености наведених поремећаја могу бити различити, са различитом прогнозом, уз напомену да њихово благовремено запажање, обраћање стручним службама и благовремена терапија у највећем броју случајева резултира потпуним опоравком и губитком симптома и феномена поремећаја. У мањем броју случајева заостају неки феномени поремећаја у краћем или дужем периоду, а у најтежим формама неки од ових поремећаја је само уводна фаза у настанак душевног обољења које може трајати и након окончања адолесцентног периода.

Г) СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКА ВЕШТАЧЕЊА МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА КОЈА СУ УЧЕСНИЦИ СУДСКИХ ПОСТУПАКА

Специфичности малолетничког периода, нарочито карактеристике емоционалног, вољно-нагонског и социјалног функционисања, али и значајне разлике у односу на одрасла лица, битно детерминишу њихову правну, као и

судско-психијатријску позицију. Њима су, у извесној мери, а због одређених сличности са малолетницима, придружена и млађа пунолетна лица. Наведене околности реперкутују се и у кривичноправној и у грађанскоправној области, односно у психијатријским вештачењима малолетних учесника кривичних и грађанских судских поступака

Г 1) Судско-психијатријска вештачења малолетних учесника кривичних поступака

У кривичним поступцима малолетни учесници ових поступака могу се појавити у различитим улогама и то као извршиоци, жртве и сведоци кривичних дела.

а) Судско-психијатријска вештачења малолетних извршилаца кривичних дела

Овде се у суштини ради о психијатријским вештачењима у случајевима малолетничке делинквенције. Проучавањем криминалитета малолетника, а посебно њихове личности, утврђене су одређене биолошке, психолошке и социо-културалне разлике малолетника од пунолетних лица, као и неки посебни фактори који утичу на настанак и облике испољавања њиховог делинквентног понашања (5). Због тога, као и других околности, потребан је посебан приступ криминалитету малолетника у односу на криминалитет одраслих лица.

Иако са великим значајем, на овом месту неће бити подробнијег разматрања етиологије и феноменологије криминалитета малолетних лица, већ ће се пажња примарно усмерити на судско-психијатријска вештачења малолетних учинилаца кривичних дела.

У значајној мери предмет ових вештачења одређује и постојећа законска регулатива, пре свега она одређена у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника.

Сагледавајући одредбе наведеног Закона, може се закључити следеће:

1) Да се према малолетницима до навршене 14-те године (деца) не може изрећи казна, нити се према њима могу применити васпитне мере или мере безбедности; 2) Да се према млађим малолетницима не може изрећи казна, већ само укор, васпитна мера, као и мере васпитног налога или одређивања посебних обавеза (6); 3) Према старијим малолетницима се могу изрећи мере из претходно наведеног, али и казна у виду посебне казне за малолетнике-малолетнички затвор, уколико је малолетник учинио кривично дело за које прописана казна затвора изнад пет година; 4) Да се према душевно оболелим или душевно заосталим малолетним извршиоцима кривичних дела могу изрећи мере безбедности медицинског карактера и то и према млађим и према старијим малолетницима.

Са судско-психијатријског становишта, како због постојећих законских одређења, тако и због суштинских разлика између личности малолетника и

пунолетних извршилаца кривичних дела, треба истаћи да се психијатријска вештачења малолетних делинквената у доброј мери разликују од психијатријских вештачења одраслих делинквената.

Наравно, психијатријско вештачење ће у значајној мери зависити и од самог налога суда на која питања се вештачењем треба одговорити. На овом месту се, на жалост, мора истаћи да предмет судско-психијатријског вештачења малолетних учинилаца дела није увек правно заснован или није довољно прецизан и јасан. Ова констатација произилази из судске праксе и конкретних ситуација у којима се, не ретко, вештаци налазе, а најчешће су резултат околности да се предмет вештачења одређује као да се ради о пунолетним извршиоцима кривичних дела. Тако ће се, не ретко, у задацима за вештачење налазити и онај да се вештаци изјасне о урачунљивости млађег малолетника или старијег који је извршио дело за које закон предвиђа казну испод пет година затвора, што код вештака ствара дилему да ли да поступи по налогу суда или по ономе што одређује закон. А то је, сасвим логично, онда и место за неразумевање, па чак и несугласице између правника и психијатара, које се могу превазићи добром едукацијом и правника и психијатара.

Због тога, у случају млађих малолетника, као и старијих малолетника који не подлежу могућности изрицању казне малолетничког затвора, предмет вештачења преба бити: утврђивање да ли учинилац дела болује од душевне болести, душевне заосталости и да ли због тих стања постоји опасност за понављањем дела (опасност по околину) и којом мером психијатријског лечења се та опасност може отклонити и процена степена душевне развијености (степен душевне зрелости) ових делинквената. Да је ово прави пут за утврђивање предмета вештачења у овим ситуацијама указује и Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника, где се у члану 78. наводи и следеће „...Веће доноси решење и кад изриче васпитну меру малолетнику. У изреци овог решења наводи се само која се мера изриче, али се малолетник неће оглашавати кривим за кривично дело које му се ставља на терет. У образложењу решења навешће се опис дела и околности које оправдавају изрицање васпитне мере...“³. Дакле, по Закону нема кривице, па нема потребе да

³ Чл. 78. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника: Веће за малолетнике није везано за предлог јавног тужиоца за малолетнике при одлучивању да ли ће према малолетнику изрећи казну малолетничког затвора или васпитну меру. Веће ће решењем обуставити поступак у случајевима кад суд на основу члана 354. тач. 2. и 3. Законика о кривичном поступку доноси пресуду којом се оптужба одбија или којом се оптужени ослобађа од оптужбе у смислу члана 355. Законика о кривичном поступку, као и кад нађе да није целисходно изрећи малолетнику казну нити васпитну меру. Веће доноси решење и кад изриче васпитну меру малолетнику. У изреци овог решења наводи се само која се мера изриче, али се малолетник неће оглашавати кривим за кривично дело које му се ставља на терет. У образложењу решења навешће се опис дела и околности које оправдавају

се утврђују њени елементи, па ни урачунљивост (способности схватања значаја свог дела и управљања својим поступцима).

Међутим, када се старији малолетник може казнити и казном малолетничког затвора (ако је учинио кривично дело за које је забрањена казна преко пет година затвора), утврђује се и постојање кривице, па ће вештаци, осим одговора на питање о стању душевног здравља учиниоца, степену душевне развијености, дати и одговор који се односи на правни појам урачунљивости, а то је какве су биле способности учиниоца дела да у време његовог извршења схвати значај свог дела или да управља својим поступцима.

Судско-психијатријско вештачење малолетних учинилаца кривичних дела је сложена доказна процедура, пре свега због специфичности личности овог узраста, као и због потребе да им се у судском поступку пружи и одговарајућа кривичноправна заштита.

У оптималним околностима оно треба да буде резултат тимског рада стручњака различитих профила, као што су судски психијатри, специјалисти за дечију и адолесцентну психијатрију, клинички психолози, педагози, дефектолози, социјални радници и др. Форензички психијатар треба да руководи и усклађује рад чланова тима, а све са циљем да се личност малолетног делинквента што боље процени и сагледа са мултидимензионалног аспекта. На жалост, таквих могућности увек нема, посебно и због околности што поступак против малолетника захтева одређену врсту хитности и што краће трајање, те изостаје могућност да се потпуни тим окупи. Међутим, готово по правилу се обавља психијатријско и психолошко сагледавање малолетног преступника, врши увид у списа предмета и евентуално постојећу медицинску документацију и на основу тих, а често и других околности даје мишљење у односу на околности о којим је већ било говора. Мишљења сам да пре обављања судско-психијатријског вештачења малолетних делинквената суд треба да прибави мишљење органа старатељства, чиме би вештаци имали што комплетнију слику и објективније изворе за давање свог мишљења.

Психијатријским прегледом треба утврдити постојање или непостојање душевних болести, тежих облика душевних поремећености или заосталог душевног развоја, уз спровођење допунско-дијагностичких метода које су рутинске и обавезне.

Након тога, неопходна је процена да ли утврђено психијатријско стање (уколико наведени поремећаји постоје) представља основ за потенцијално понављање кривичних дела, односно да постоји опасност по околину. Уколико је она присутна, неопходно је суду дати предлог одговарајуће мере безбедности медицинског карактера којом би се постојећа опасност отклонила. И све је то лепо и по закону, али, на жалост, следи суочавање и правосудних органа, а и

изрицање васпитне мере. Пресуда којом се малолетнику изриче казна малолетничког затвора доноси се у облику предвиђеном у члану 356. Законика о кривичном поступку.

психијатара, са чињеницом да код нас не постоји психијатријска установа у којој би се реализовала мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања душевно оболелих малолетних делинквената или да бар до скоро таква установа није постојала. У пракси се покушавало да се ова лица упуте на реализацију ове мере у психијатријске установе које су за то одређене, али се од њих добијао одговор (што је тачно) да су оне овлашћене само за реализацију ових мера код пунолетних лица, чиме је малолетничко правосуђе у веома независној позицији јер нема психијатријске установе где би се реализовала ова мера. У таквим ситуацијама тражене су накнадне процене вештака које би евентуално омогућиле да се ова лица сместе у установе за реализацију васпитних мера над психички здравим малолетним делинквентима, што би значило давање налаза мимо правила струке, а све услед недовољне спремности друштва да обезбеди установе где би се ове мере према малолетницима реализовале.

Уколико претходно наведених поремећаја нема, следећа фаза у вештачењу је утврђивање степена душевне развијености малолетног учioniоца кривичног дела. Ова процена је резултат тимског сагледавања судског психијатра, клиничког психолога и специјалисте за адолесцентну психијатрију, а по могућности и стручњака других профила, као што су педагози, социјални радници, дефектолизи и др.

У оквиру ове процене сагледава се ниво интелектуалне, емоционалне и социјалне развијености малолетног делинквента и даје, након свих обављених неопходних прегледа мишљење да ли је степен душевне развијености у оквирима доброг узраста или одговара нижем добном узрасту. Посебно се дају прецизне вредности о развијености емоционалне и социјалне интелигенције, што треба да помогне другим органима коју ће врсту васпитне мере или мере која припада ресторативној правди предложити или решењем изрећи. Ова процена се користи и код млађих и код старијих малолетника, под претпоставком да ови други нису учинили кривично дело за које је предвиђена казна преко 5 година затвора.

У случајевима да се ради о старијим малолетницима којима се због врсте деликта може изрећи и казна упућивања у малолетнички затвор, преходне процене се допуњују и изашњењем о способностима схватања значаја дела и управљања својим поступцима *tempore criminis*, што омогућава процену урачунљивости у оквиру утврђивања постојања кривице ових лица.

На овом месту треба истаћи и чињеницу да се слична вештачења обављају и у случајевима када су изршиоци кривичних дела млађа пунолетна лица. Ово је постала судска пракса последњих 6-7 година, а на основу ставова и пресуда Врховног суда Србије, уз образложење да се оваква вештачења морају вршити због околности јер се и према извршиоцима кривичних дела из ове добне категорије може изрећи нека васпитна мера.

**б) Судско-психијатријска вештачења малолетних
жртва и/или сведока кривичних дела**

Осим малолетних извршилаца кривичних дела, малолетна лица (укључујући и децу) се могу у кривичном поступку појавити и у својству сведока или жртве. Због узраста, психо-социјалних својстава ових личности, али и одређених правних узуса, готово по правилу се ова лица подвргавају судско-психијатријском вештачењу.

Ова вештачења су изузетно сложена, што условљавају претходно наведене околности, али и околности која су њима претходиле, које често носе трауматска обележја. Степен сложености вештачења се повећава са смањивањем доброг узраста малолетног лица, посебно када су предмет вештачења деца предшколског узраста.

Један од основних, па и најтежих, проблема у овим вештачењима је успостављање односа поверења између стручне особе и детета и то из више разлога. Прво, дете ступа у однос са њему непознатом личношћу, те је логична неповерљивост и уздржаност према испитивачима. Следеће, оно је већ било изложено неком трауматском искуству у коме су актери били одрасли, па генерално према њима има однос неповерења или чак и страх, што може отежати експертизни поступак. Овоме посебно треба придодати и оне околности када је повреда или психотраума детета уследила од њему блиских лица (родитељи, браћа или сестре, блиски рођаци), па је логично да ако су га „изневерили њему блиски“ неће имати ни поверење према онима који су му потпуно непознати.

Друга околност односи се на питања са којим степеном сигурности се може прихватити исказ малолетног лица (жртва или сведок), с обзиром да је степен психичких способности у том узрасту такав да се може озбиљно посумњати у веродостојност тог исказа. Наиме, познато је да се способности упамћивања, а посебно репродукције смањују са смањењем доброг узраста, али и да објективне околности могу утицати на подобност да се један догађај исприча са мање или више веродостојности. Треба рећи да је у предшколском узрасту боље памћење основних детаља, него оних периферног значаја, као и оних према којима је емоционална пребојеност већа, уколико су се одиграла на познатом месту, а посебно ако је интервал између догађаја и давања исказа што краћи.

Са протоком времена малолетна лица су често изложена информацијама о догађајима које чују од одраслих (тенденциозно или не), што се уграђује у њихов доживљај тог збивања, чиме се може смањити веродостојност описа критичног догађаја.

Како се повећава узраст степен тешкоћа и дилема се смањују, али и тада не треба искључити утицај неких посебних околности појединачних случајева, посебно ако су актери чланови породице или друге блиске особе, па малолетно

лице према њему има амбивалентан однос (с једне стране љубав и уважавање, а са друге страх или друга негативна осећања због испољеног понашања одрасле особе).

У ситуацијама када се дете појављује пред судом потребно је обавити прелиминарну стручну припрему, како би се степен могућих негативних последица тога избегао или умањио. У томе је неопходно учешће дечјих психијатара и психолога, педагога, дефектолога итд.

У сваком случају и без обзира на тешкоће, вештаци у принципу треба да дају општу процену психичког стања малолетне жртве или сведока деликта, да укажу да ли степен душевне зрелости ових лица одговара добном узрасту или не, да утврде да ли ова лица схватају у чему учествују и о чему дају исказ, као и да ли има психолошко-психијатријских елемената који утичу на давање веродостојног исказа о том догађају.

Некада психијатријско вештачење малолетних жртава кривичних дела може утицати и на квалификацију кривичног дела. Ово се среће код сексуалних деликата када је малолетно лице жртва и када је психијатријска процена таква да је ово лице са аспекта својих психолошко-психијатријских карактеристика мање способно или неспособно да пружи адекватан отпор (квалификација дела у правцу обљубе над немоћним лицем).

Г 2) Судско-психијатријска вештачења малолетних учесника грађанских поступака

Ова вештачења могу се обављати у разним поступцима грађанскоправне природе, као што су поступци накнаде нематеријалне штете, поступци стицања пословне способности еманципацијом, ради ступања у брак и сл., код процене способности детета за давање изјаве са којим родитељем жели да настави да живи у случају њиховог развода консултативна способност уколико је дете навршило 10 година), у поступцима за поверу детета код развода брака родитеља и др.

И ова вештачења захевају комплексну тимску процену са обавезним учешћем судског психијатра, дечјег психијатра и психолога, али и стручњака других профила.

Предмет ових вештачења ће зависити од саме природе судског поступка, али се у принципу вештаци изјашњавају о следећим околностима:

а) да ли је малолетни учесник грађанског поступка психички здрав или се код њега констатују неки ментални поремећаји, када се треба изјаснити о природи поремећаја, трајању и могућим трајним последицама по психичко здравље;

б) о степену душевне развијености и о степену развијености способности које су потребне у конкретном поступку. При томе се посебно обраћа пажња да ли

малолетно лице зна у каквом судском поступку учествује (овде не инсистирати на формулацији тог поступка, већ на опису које дете даје својим речима и према свом фонду знања и разумевања истог);

в) да ли постоје спољне околности које доводе дете у ситуацију да не да изјаву у складу са својом жељом и избором, што је посебно значајно у поступцима када се изјашњава са којим родитељем жели да настави да живи након њиховог развода или када се треба изјашњавати о односу према родитељима у поступцима повере деце;

г) ближе сагледавање породичних и ширих социјалних услова и др.

Кад год је то могуће налаз и мишљење, осим објективности психијатријско-психолошке процене, треба формулисати у правцу заштите личности детета, јер је оно често већ довољно трауматизовано манипулативним понашањем одраслих, па би налаз који не води довољно рачуна о интересима детета додатно погоршао његову и до тада неповољну животну ситуацију.

ЛИТЕРАТУРА

1. Кецмановић, Д. (ур.): Психијатрија, Светлост, Медицинска књига, Београд-Загреб, 1989.
2. Biro, M., Mutollo, W.: Klinička psihologija, Katedra za kliničku psihologiju LMU, Munchen&Futura publikacije, 2003.
3. Ćirić, Z., Dimitrijević, B.: Osnovi sudske psihijatrije i sudske psihologije, SKC Niš, Niš, 2009.
4. Кастаровић, Ж.: Рад са младим пацијентима у психијатрији, Први део-Иницијална фаза третмана, КЦ Србије, Институт за психијатрију-Тим за поремећаје младих, Београд, 2004.
5. Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М.: Криминологија, СВЕН, Ниш, 2011.
6. Васиљевић, С., Игњатовић Ристић, Д., Ћирић, З.: Малолетничка кривична санкција: Посебне обавезе, Социјална мисао, 67, 3, Београд, 2010.
7. Ђурђић, В.: Кривично процесно право-посебни део, Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006.
8. Кнежевић, С.: Практикум за кривично процесно право-општи део, Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006.

Forensic Psychiatry Expertise in Court Proceedings involving Juveniles

Summary

The forensic psychiatry expert opinions in court proceedings involving minors is one of the most significant proceedings for providing evidence in cases involving young people, whose status in the court proceedings may be different. This process is important not only from the procedural aspect but also from the aspect of the vital assessment of the state of mind of these juvenile participants in court proceedings.

Essentially, the process of giving an expert opinion in forensic psychiatry includes a multidimensional consideration of the mental state of juvenile participants in court proceedings. Therefore, the expertise is (or should be) a result of team work including forensic psychiatrists, clinical psychologists, pedagogues, social service officers, defectologists, etc.

Both the judicial practice and the forensic psychiatry practice provide evidence of an increasing presence of juvenile participants in both criminal and civil court proceedings. Due to the growing rate of juvenile delinquency, the largest number of these expert opinions involves the assessment of psychiatric and psychological circumstances which are significant for an objective evaluation of these elements and reaching fair and lawful judicial decisions in cases involving juvenile criminal offenders. Moreover, we should not disregard the role of forensic psychiatry expertise pertaining to the juvenile victims and/or witnesses of crime; the relevant approach to these young persons and the objective assessment of their mental state and capacity to testify (to stand trial or act as witnesses) in court proceedings is the cornerstone for rendering a fair and lawful judgment.

In civil law, these expert opinions are most frequently used in the proceedings involving compensation for non-material damage or harm, where they are primarily aimed at assessing the minor's mental capacity to testify and decide which parent he/she will carry on living with in case of the parents' divorce. Yet, these expert opinions are also used in court proceedings involving divorce and child custody.

Key words: *minors, juvenile delinquency, protection of minors in criminal law, protection of minors in civil law.*

САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ У РАДУ ПОРЕСКИХ АДМИНИСТРАЦИЈА¹

***Апстракт:** Предмет разматрања у раду представљају новине у управљању савременим пореским администрацијама. Пореске реформе нужно имају и своју административну димензију у оквиру које су државе суочене са новим изазовима прилагођавања и деловања пореских органа. Другачији приступ управљању пореским пословима намеће нове захтеве пред пореске службенике. Сматра се да традиционално вршење пореских активности више не обезбеђује потребну ефикасност и одговорност која се захтева од савремених пореских органа. Уочљиво је да се генерални трендови реформи пореских администрација испољавају кроз њихову независност и професионализацију. Све промене које се спроводе требало би да олакшају постизање веће економичности, ефикасности и ефективности у њиховом раду.*

***Кључне речи:** пореске администрације, управљање пореским ризицима, мерење учинка, побољшање добровољног плаћања пореза, сарадња пореских администрација.*

Увод у проблематику

Порески систем, као битан сегмент економско-политичког система, стално се реформише, у већој или мањој мери. Више од две деценије преображавају се пореске структуре у великом броју земаља што утиче и на промену праваца пореске политике. Савремена пореска пракса показује да су такве промене недовољне да би порески системи ефикасно функционисали. Због тога, економски развијене државе све већу пажњу посвећују управљању пореским администрацијама. Окружење у коме се одвијају активности пореских органа постало је врло нестабилно. Текућа економска криза, убрзано ширење прекограничних трансакција и с тим повезана међународна евазија пореза,

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046)

електронско пословање, неслућени развој информационе технологије, мењају оквир њиховог деловања. Својеврсна финансијска криза са којом се суочавају данашње владе присиљава их да више пажње усмере на деловање пореских органа. Оне посежу за неким од инструмената и метода из тржишног сектора и уграђују их у јавни сектор, односно државну управу. Основни циљ таквих промена усмерен је на рационалније трошење оскудних буџетских средстава. Очекује се да би измењена (корпоративна) методологија управљања могла у значајној мери допринети остваривању жељеног друштвеног циља. У том смислу, врши се реорганизација пореских администрација, уводи се клијентски приступ у раду са пореским обвезницима, почињу да се мере остварени учинци (резултати) пореских активности и захтева се већа одговорност од пореских извршилаца.

Талас промена у државној администрацији захватио је и државне органе задужене за убирање јавних прихода. Њихова улога и значај у смислу обезбеђења финансијске основе за деловање целокупне државне структуре не могу се посматрати изоловано од општих трендова у управљању јавним пословима. „Ново јавно управљање“ примењено у раду пореских органа подразумева другачији приступ свакодневном обављању пореских послова. Механизми и инструменти корпоративног управљања настоје се уградити у државне активности, између осталог, и у пореску делатност државе. Овај нови приступ у пореском пословању обухвата оријентацију ка потребама пореских обвезника и подстицање добровољног плаћања пореза, као и настојања да се процене остварени резултати рада.

1. Институционално јачање пореских администрација

Порески органи су нарочито данас суочени са интерним и екстерним изазовима у обављању свакодневних активности што изискује њихово институционално и организационо побољшање. Из неопходних промена произлазе и нови захтеви чије испуњење треба да обезбеди ефикасније обављање пореских послова.

Уобичајена је пракса у данашњим државама да је пореска администрација организациони део државне управе у саставу министарства финансија. Строга хијерархијска структура ових органа не допушта њихову већу аутономност у одлучивању. Због специфичне природе пореске делатности у односу на друге државне активности, јављају се размишљања, у појединим земљама, о потреби давања веће аутономије пореским органима. Степени аутономије, односно пореских овлашћења могу бити различито прописани, али оно што је заједничко овим иницијативама јесте већа одговорност и транспарентност у раду.

Решење проблема у раду пореских органа неке државе виде у њиховој институционализацији као полуаутономних агенција.² Опредељење за стварање

² William Crandall, Revenue Administration: Autonomy in Tax Administration and the Revenue Authority Model, IMF, Technical Note and Manuals, June 2010, p. 8.

професионалне пореске администрације заснива се на усвајању карактеристика пословног тела, са сопственим буџетом и самосталном кадровском политиком, са потпуном одговорношћу за ефикасност и ефективност пружених пореских услуга и побољшање добровољног плаћања пореза. У сваком случају, такав избор требало би да буде резултат политичког одлучивања и пажљиве и темељне процене у којој мери би овакав модел био погодан за остваривање циљева пореске политике.

Организациона структура пореске администрације данас постаје кључна компонента програма ефективне реформе и њене модернизације. Током времена, организациона структура се развијала прелазећи пут од утемељености на врсти пореза па преко врсте пореских обвезника до функционалног модела. Сматра се да функционална организација пореских администрација најбоље може одговорити захтевима који се постављају пред савремене пореске системе. Груписање сличних пословних активности за све порезе у основне функције омогућава већу специјализацију и професионализацију обављања пореских послова. Овакав приступ допушта стандардизацију заједничког рада и поједностављује односе између пореских органа и обвезника.

Примена функционалног модела испољила је у пракси одређене предности у поређењу са моделом организовања према врсти пореза.³ Ради се о већој униформности и специјализацији унутар организације, побољшаним резултатима плаћања пореза; једноставнијој процедури за обвезнике и администрацију; специјализацији у обављању појединих функција; бољем управљању средствима; потпуној одговорности за све врсте пореза по функционалним линијама. Насупрот наведених предности, управљање оваквим моделом организације може бити сложено што зависи од величине и укупне географске распрострањености органа. У наведеном моделу, пореска централа мора да има способност да надгледа целокупну ситуацију у пореској администрацији, да формулише националну стратегију за постизање побољшања укупне успешности, да активно учествује у реформским активностима и др.⁴

Уважавајући разлике међу пореским обвезницима и њихове специфичне потребе, неке државе су функционални модел допуниле оснивањем посебних организационих јединица за велике пореске обвезнике и оснивањем националних кол центара, тако да би се могло говорити о хибридној структури пореских администрација у неким економски развијеним земљама.

У последњој деценији уочава се тенденција у развијеним земљама ка смањењу броја организационих јединица пореских администрација. Као кључни разлози за такву оријентацију наводе се неопходност повећања ефикасности рада, промена начина рада под утицајем измењене технологије процесуирања

3 Maureen Kidd, Revenue Administration: Functionally Organized Tax Administration, IMF, Technical Notes and Manuals, June 2010, p. 6-7.

4 Ibid., p. 7-8.

података и промене у пружању услуга пореским обвезницима захваљујући коришћењу савремених информационих технологија.

2. Нови приступ управљању пореским пословима

У развијеним пореским системима већ извесно време се примењује другачији концепт управљања пореским пословима. Овај приступ обухвата основне елементе: клијентски однос према пореским обвезницима, управљање ризицима, мерење учинка, употребу савремене информационе технологије и приватизацију појединих пореских активности. Ове новине треба да омогуће обављање основних функција пореских органа да наплаћују приходе у складу са законом и да истовремено обезбеде оптимум јавних услуга. Поред тога, све пореске активности треба обављати уз што нише трошкове опорезивања. У настојањима да остваре ове захтеве, уочава се појава да пореске администрације развијених земаља перманентно прибегавају примени принципа и метода коришћених у управљању модерном компанијом.⁵

Окретање ка потребама пореских обвезника уочава се као општи тренд који све више заокупља пажњу савремених пореских власти. У складу са ефектом угледања или са препорукама међународних организација, тај тренд почињу да прате и економски слабије развијене државе. Сагледавање пореских обвезника као „клијената“ проистиче из одредења пореских органа да олакшају и побољшају добровољно плаћање пореза, уз што ниже трошкове опорезивања. Оваква оријентација у раду треба да реализује захтеве за постизањем ефикасности и ефикасности, као основних циљева реформи савремених пореских администрација.

Подстицање добровољног плаћања пореза захтева пажљиву анализу понашања различитих категорија обвезника и израду адекватне стратегије побољшања измирења пореских обавеза. То је дугорочан процес који започиње јачањем организације и управљања пореском администрацијом, применом чврстог система наплате прихода и изградњом капацитета за кључне пореске функције. Често је потребна и реформа законодавног оквира као и правосуђа како би се осигурала адекватна примена пореских овлашћења, режима санкција и решавања пореских спорова. Информациона и комуникациона технологија све више добија кључну улогу у управљању процесом поштовања пореских закона.⁶ Порески органи су изложени непрекидном изазову да савремене принципе управљања јавним пословима и правичног поступања реализују у свакодневним

⁵ Local and Regional Tax Administration in Transition Countries, ed. by Mihály Hógye, <http://www.Igi.osi.hu/publications/2000/95/TA-Ch1.pdf>, p.35.

⁶ Barrie Russell, Revenue Administration: Developing a Taxpayer Compliance Program, Technical Notes and Manuals, IMF, 2010, p.1.

пореским активностима.⁷ Дobar пример одређења пореских власти да унапреде односе са обвезницима представља Повеља о аустријској пореској администрацији, којом се она обавезала да гради кооперативно партнерство са пореским обвезницима. Овим документом треба да се успоставе коректни порески односи што подразумева мере подршке, контроле и сузбијања пореске евазије ради повећања степена добровољног плаћања пореза.⁸

Управљање ризицима у обављању пореске делатности истиче се као важан сегмент новог концепта управљања пореским администрацијама. Кључне тачке у управљању ризицима у добровољном плаћању пореза постоје у регистровању, подношењу пријава, извештавању и измиривању пореских обавеза. Идентификовање пореских ризика и њихово свођење на прихватљиве величине превасходно је условљено разумевањем понашања пореских обвезника и технологијом вођења бизниса.

Управљање ризицима у плаћању пореза може бити остварено на стратешком и оперативном нивоу.⁹ На стратешком нивоу, ово управљање се фокусира на идентификовање специфичних категорија понашања обвезника где изостаје плаћање значајнијих износа пореза. На оперативном нивоу, пореска администрација идентификује ризике у неплаћању пореза током обављања свакодневних активности. У томе јој може помоћи разврставање пореских обвезника у одговарајуће групе са сличним карактеристикама понашања и уочавањем специфичности које олакшавају, односно отежавају придржавање пореских прописа.¹⁰

У савременим пореским системима нарочито се инсистира на повећању ефикасности и ефективности у раду пореских органа. У том смислу се користи тзв. приступ три Е, односно оцена економичности, ефикасности и ефективности деловања. Мерење учинака рада део је ширих процеса стратешког и оперативног планирања и битно је за одговорност и транспарентност деловања пореских органа.¹¹

Важност мерења успешности рада пореских органа подразумева развијање стандардизованих система индикатора ефикасности и ефективности. За сада, најчешће коришћени показатељ у домену обављања пореских послова јесте ниво непријављених, односно неплаћених пореских давања. Ради се о пореском јазу,

7 Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance, Guidance Note, OECD, 2004, p.48.

8 Eduard Müller, Fair Play-Thinking Tax Administration in a New Way, Tax Tribune, Issue 27, 2010, p. 25-26, <http://www.iota-tax.org/publications/tax-tribune.html>

9 Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance, p. 16.

10 Више о томе: Милева Анђелковић, Домети и ограничења примене концепта „новог јавног управљања“, Правни живот, 11/2008, стр. 794-795.

11 William Crandall, Revenue Administration : Performance Measurement in Tax Administration, Technical Note and Manuals, IMF, june 2010, p.1.

што представља разлику између пореских прихода које би требало наплатити на основу закона и стварно убраних пореских средстава. Други општи показатељ ефикасности јетсе трошкова ефикасност пореске администрације. То је однос између трошкова пореске администрације и вредности наплаћених пореских прихода.¹²

Крајњи резултат повећања ефикасности и ефикасности у раду пореских администрација треба да буде смањење пореског јаза, односно разлике између планираних и наплаћених пореских прихода. Развијене државе у том правцу предузимају разноврсне мере настојећи да побољшају ефикасност и ефикасност пословања пореских администрација. Као најзначајније економско-политичке мере за смањење пореског јаза, између осталог, могу се користити: подстицање поштовања пореских прописа; опорезивање на извору где год је то могуће; поједностављење пореског система са минимумом пореских подстицаја; адекватна структура пореских казни; поштена и услужно-оријентисана пореска администрација.¹³

Пореска пракса потврђује да коришћење савремене информационе технологије у највећој мери олакшава обављање свакодневних пореских активности. Зато се компјутеризација, односно изградња јединственог пореског информационог система поставља као приоритетан задатак у највећем броју савремених пореских администрација. Предности оваквог начина рада су очигледне јер смањују трошкове опорезивања и утичу на ефикасност рада органа. Међутим, олакшано праћење трансакција и прихода пореских обвезника носи собом потенцијалну опасност од неовлашћеног откривања и злоупотребе пореских података. По самој природи ствари, пренос и обрада података су кључни за опорезивање. Реч је углавном о поверљивим личним и приватним информацијама које морају бити законски заштићене. Недовољна заштита права на лични податак може да има за последицу повреду опште признатих права обвезника на приватност, поверљивост и приступ информацијама од значаја за опорезивање.¹⁴

Приватизација појединих пореских активности јавља се као једна од последица промена везаних за „ново јавно управљање“ у пореским администрацијама. То није нови порески феномен, али данас поново оживљава када владе инсистирају на рационализацији јавне потрошње, што подразумева

12 Maja Klun, Performance Measurement for Tax Administration: The Case of Slovenia, *International Review of Administrative Science*, Vol. 70(3), 2004, p. 569.

13 Више о томе видети: Cedric Sandford, *Why tax Systems Differ: A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*, Fiscal Publication, 2000, p. 155.

14 Милева Анђелковић, Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо-технолошким условима, *Страни правни живот*, 3/2008, стр. 167; Richard m. Bird, Eric. M. Zolt, *Technology and Taxation in Developing Countries: From Hand to Mouse*, *National Tax Journal*, Vol. LXI, No. 4, Part 2, December 2008, p. 809-812.

и смањење буџетских средстава за функционисање пореских администрација. Ангажовање приватног сектора за обављање појединих пореских активности мора бити подвргнуто константној пореској контроли. Све активности које садрже компоненту одлучивања не могу се препустити приватним лицима.

3. Побољшање добровољног плаћања пореза и сузбијање пореских превара

Најзначајнији проблем који представља велики изазов у раду свих пореских администрација јавља се у виду тзв. пореског јаза, односно величини избегавања плаћања пореза. Из тог разлога, све промене и усклађивања која се спроводе у великом броју пореских администрација имају за крајњи циљ побољшање нивоа добровољног плаћања пореза.

Улога пореске администрације и њено функционисање условљено је постојањем различитих фактора специфичних за свако друштво. Међутим, оно што је заједничко свим пореским органима јесте старање о доследној примени пореске регулативе и обезбеђење финансијских средстава за остале државне институције. У трагању за прихватљивим начинима реформи, поједине развијене државе користе посебну методологију *benchmarking* која означава упоређивање са другим пореским администрацијама које показују најбоље резултате у раду и прихватање најбољих решења као општих стандарда. Упоређивање рада пореских администрација мање развијених земаља са искуством савремено организованих пореских администрација може, тек на дужи рок, да обезбеди повољне резултате јер су им и перформансе различите. Такав процес захтева чврсту политичку подршку, одговарајућу реорганизацију и неопходна финансијска средства. Сложени, и по природи често одиозни порески послови захтевају јаке, независне, стручно оспособљене институције што углавном недостаје у слабије развијеним државама. Модернизација је свакако потребна имајући у виду не само захтеве националних пореских система него и испуњавање међународних пореских стандарда, на чијем поштовању инсистирају одређене међународне организације. Одговорност за управљање пореским системом захтева од пореских администрација да се у настојањима за повећањем државних прихода придржавају наплате пореза у границама закона и у условима ограничених буџетских средстава.

У пореској теорији и литератури наводе се три јасно дефинисана приступа за упоређивање националних пореских администрација. Први и далеко најпопуларнији је квантитавни приступ, други је квалитативни приступ а трећи је системски приступ. Бенчмаркинг путем бројева показује, нпр. у ком проценту је потребно смањити административне пореске трошкове или трошкове плаћања које сnose порески обвезници. Бенчмаркинг путем добре институционалне праксе обухвата сагледавање постојања одређених институција као што је

нпр. посебна пореска јединица за велике пореске обвезнике. Сличан приступ садржан је у највећој мери у документу Европске комисије којим су постављени „*fiscal blueprints*“ као стандарди које у свом пословању треба да испуне пореске администрације држава кандидата за чланство у ЕУ. Системски приступ захтева разматрање како сви аспекти административног система функционишу у целини у окружењу у коме се управља пореским системом.¹⁵

Пореска пракса у већини добро развијених пореских администрација усмерена је на редефинисање односа са пореским обвезницима. Нагласак је на томе да релација ових традиционално супротстављених страна прерасте у нови модел кооперативне сарадње. Овај приступ се посебно примењује у односима са великим пореским обвезницима и онима са међународним пословањем. Новина је у томе да се остварује одређени степен свесне комуникације између администрације и пореских обвезника на сваком ступњу пореске процедуре у настојању да се постигне споразум у законским оквирима. У основи овог приступа је идеја да се смањи вероватноћа сукоба пореских субјеката и да се повећа вероватноћа постизања задовољавајућег договора о висини пореских обавеза. Неке од пореских администрација су реаговале позивањем корпорација да побољшају пореско планирање како би се на тај начин избегла појава ризика убирања прихода од ове најважније категорије пореских обвезника.¹⁶

Ради остварења кооперативне сарадње, као новог модела односа, посебно је значајно сагледавање обвезника као корисника услуга пореских органа. Ова услужна оријентација је основно полазиште у изградњи пореске администрације спремне на сарадњу. У том смислу, претежна оријентација на интересе и услуге обвезницима води ка њиховој реорганизацији кроз стварање посебних сервисних служби и јединица за велике пореске обвезнике.

Пореском обвезнику као „клијенту“ пореска администрација треба да пружи јасне инструкције, обезбеди разумљиве форме и потребну помоћ и информације ради лакшег испуњавања пореских обавеза. У литератури се наглашава да побољшање добровољног плаћања пореза није исто што и спречавање неизвршавања пореских обавеза. Имајући у виду нехомогеност пореских обвезника (различитост њихових економских и социјалних карактеристика), у конципирању стратегије добровољног плаћања пореза морају се користити различити приступи. Генерално посматрано, сматра се да оптимална пореска стратегија треба да укључи награде за савесне пореске обвезнике и санкције за пореске утајиваче.¹⁷

15 Jaime Vázquez-Caro, Richard M. Bird, *Benchmarking Tax Administrations in Developing Countries: A Systemic Approach*, International Studies Program, Working Paper 11-04, March 2011, p. 5.

16 John Hasseldine, *The Administration of Tax Systems*, International Studies Program, Working paper 10-21, May 2010, p. 11.

17 Richard M. Bird, *Administrative Dimension of Tax Reform*, Asia-Pacific Tax Bulletin, IBFD, march 2004, p. 136.

Ради побољшања добровољног плаћања пореза, пореске администрације усмеравају велики део активности на остварење следећих циљева: едукација обвезника о њиховим обавезама и правима, помоћ саветницима пореских обвезника као и подстицање пореских утајивача на плаћање пореза у границама закона. Наведени циљеви показују да задатак пореске администрације није једино да убере довољно прихода већ да пореске законе примењује ефективно и ефикасно. Другим речима, пореска администрација мора убирати приходе у складу са пореским прописима и обављати послове уз најмањи могући трошак.¹⁸

Посебан ризик за извршавање пореских обавеза представљају периоди криза. Ради тога, порески органи развијају стратегију наплате са циљем контролисања раста неплаћања пореских обавеза и помоћи пореским обвезницима како би се могли изборити са кризом. У време економске кризе опада ниво добровољног измиривања пореских обавеза што се, према међународним искуствима, може побољшати применом четири групе мера: већа помоћ пореским обвезницима; наплата пореза код високоризичних пореских обвезника; увођење законских реформи које ће побољшати наплату пореза и побољшање комуникација са пореском популацијом.¹⁹

4. Јачање сарадње националних пореских администрација

Ширење међународне трговине, слободно кретање финансијског капитала и развој информационе технологије пружају неслућене могућности за кршење националних пореских прописа и остваривање енормних прихода од неплаћених пореза. Пореске преваре и друге врсте финансијског криминалитета, погађају пре свега, резидентне државе што води ерозији њихових националних пореских основица. За разлику од добровољне сарадње националних пореских администрација која проистиче из међународних пореских споразума, економски развијене државе посредством моћних међународних организација намећу свим државама сарадњу кроз размену одговарајућих информација у пореске сврхе. Комуникација са другим пореским администрацијама доводи до отварања традиционално затворених институција што може побољшати учинке њиховог рада као и контролу пореских превара које су последњих деценија попримиле „глобални“ карактер. Таква размена информација може бити очигледно корисна и важна али може у пракси испољити и знатне слабости.

По оцени моћних међународних институција, процес пореске сарадње на интернационалном нивоу одвија се сувише споро и неефикасно, пореска уточишта скривају приходе пореских утајивача, јавља се штетна пореска конкуренција,

¹⁸ A Handbook for Tax Simplification, The World Bank, 2009, p. 84.

¹⁹ Више о томе: John Brondolo, Collecting Taxes During an Economic Crisis: Challenges and Policy Options, IMF, SPN/09/17, p. 8.

долази до ерозије националних пореских основица, што све ствара тешкоће у функционисању националних пореских система. Садашња финансијска криза нарочито је дала повода и послужила као легитимно оправдање да се свим државама наметне прихватање међународних правила за пореску сарадњу. У суштини, код међународне размене пореских информација настоји се да се развије такав систем сарадње који би више карактерисала аутоматска и спонтана размена информација у пореским стварима, него досадашњи систем који се базира на размени информација на захтев пореске администрације одређене државе. Вешто и на прикривен начин покушава се да се посредно реализује усклађивање националних пореских система. Пажљивим истраживачима не може промаћи чињеница да борба против међународне пореске евазије има своју цену у слабљењу националних фискалних суверенитета прихватањем и применом тзв. *soft law* у виду модела закона, препорука и смерница у домену размене пореских информација.²⁰ Кључни међународни документи у овој области јесу Модел споразума о размени пореских информација из 2002. године и Конвенција о узајамној административној помоћи у пореским стварима Савета Европе и ОЕЦД из 1988. године, која је ревидирана Протоколом из 2010. године. 2005. године допуњен је члан 26. Модел Конвенције о опорезивању дохотка и имовине којим се отклањају препреке ефикаснијој размени пореских информација. Најважнија новина која се намеће међународним пореским стандардима тиче се отклањања ограничења за размену података позивањем на банкарску тајност или непостојање домаћег пореског интереса. Велики број земаља пореског раја под међународним притиском закључио је билатералне споразуме о размени информација из пореске области са државама чланицама ОЕЦД.²¹

Од јуна 2011. године примењује се нови амандман на Мултилатералну конвенцију о узајамној административној помоћи у пореској материји (из 1988.), чиме је пружена могућност свим државама да приступањем овом документу остваре користи од прекограничне сарадње и размене пореских информација. Као основни циљеви наводе се борба против међународне пореске евазије и осигурање примене националних пореских закона. Ова иновирана Конвенција, по мишљењу званичника ОЕЦД, представља најсвеобухватнији мултилатерални инструмент користан за пореску сарадњу. До сада је 20 земаља потписало ову Конвенцију. У позадини овог процеса одвија се постепено потискивање коришћења билатералних у корист примене мултилатералних инструмената,

20 Милева Анђелковић, Сарадња пореских администрација-могућности и ограничења у српском и европском пореском праву, Зборник радова са међународне научне конференције „Право Републике Србије и право Европске уније-стање и перспективе“, Правни факултет, Ниш, св. 1, 2009, стр. 225-226.

21 Хасиба Хрустић, Пореска хармонизација у Европској унији, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2011, стр. 152-154.

ради остваривања међународне пореске сарадње, кроз размену пореских информација. У том циљу, формирано је у оквиру ОЕЦД посебно тело *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* чији је задатак да надгледа примену међународних стандарда у размени пореских информација. Овим стандардима постављени су захтеви у погледу: размене информација на захтев где је то „предвидиво значајно“ за примену домаћег законодавства земље уговорнице; непостојање ограничења за размену позивањем на банкарску тајност или непостојање домаћег пореског интереса; доступност веродостојних података и овлашћења за њихово добијање; поштовање права пореских обвезника и строга поверљивост размењених пореских информација.²²

На нивоу ЕУ примењује се неколико Директива са циљем остваривања административне сарадње и узајамне помоћи између пореских органа земаља чланица ЕУ. Посебно је значајна Директива 2003/48/ЕС о опорезивању прихода од штедње у облику камате, којом је предвиђена аутоматска размена информација о исплаћеним каматама нерезидентним индивидуалним штедишама. Процес размене информација о исплаћеним каматама требало би да буде изграђен на штету постојећег института банкарске тајне.²³ Примена ове Директиве може се сагледавати и као експеримент за будућу мултилатералну аутоматску размену пореских информација, ширих размена, уз њена побољшања. Постављање нормативног оквира за размену пореских информација мора да прати и стварање одговарајућих административно-техничких структура, што се у европској пореској пракси реализује посредством програма *Fiscalis*. Циљ овог програма јесте модернизација пореске сарадње у смислу прихватања високих заједничких стандарда у раду пореских службеника као и усавршавање постојећих и увођење новог трансевропског компјутеризованог система, ради побољшања сигурне и поуздане размене информација између националних пореских органа.

5. Пореска управа Србије у процесу реформи

Проблеми са којима се суочавају европске пореске администрације у већој мери су изражени и у раду Пореске управе Србије. У осмогодишњем периоду од оснивања, у њеном функционисању испољиле су се одређене тешкоће у домену организацијске структуре, управљачких механизма, недовршености пореског информационог система као и комуникацији са пореским обвезницима.

У процесу придруживања Европској унији од Србије се очекује да хармонизује своје пореско законодавство и да постепено уграђује стандарде рада

²² The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, OECD, Information Brief, 6 July 2011, p. 17.

²³ Никола Мијатовић, Опорезивање камата унутар Европске уније, Право и порези, 12/2005, стр. 77.

европских пореских администрација.²⁴ *Fiscal blueprints* су практична упутства којима се постављају јасни критеријуми засновани на најбољој пореској пракси европских држава, на основу којих ће пореске администрације држава кандидата бити у могућности да процењују сопствене оперативне способности. Сврха ових стандарда је двојака: да предвиде низ најбољих пракси и препорука за пореске администрације и да послуже као алати пореским администрацијама да брзо и јасно идентификују своје предности и слабости.

Према једној анализи извршеној 2007. године у оквиру Пореске управе Србије најбољи резултати били су постигнути у области стандарда који се односи на пореско законодавство, права и обавезе пореских обвезника и пореску контролу. Три најслабије области односиле су се на стандарде којима се процењује структура и организација, добровољно плаћање и административна сарадња и узајамна помоћ.²⁵ Најновија евалуација степена испуњености стандарда европских пореских администрација како би требало да изгледа модел пореске службе, од стране представника ЕУ, показала је скоро исте резултате, с тим што је донекле побољшана структура и организација Пореске управе.

Испуњавање захтева постављених кроз *fiscal blueprints* стандарде несумњиво представља дугорочан процес који захтева одговорне и тешке одлуке менаџмента Пореске управе. Имајући у виду величину пореске евазије на овим просторима и тешкоће финансирања јавне потрошње, од ове институције ће се сигурно очекивати и тражити да се ангажује на стварању културе плаћања пореза.²⁶ Наведени циљ је дугорочног карактера и захтеваће јачање капацитета Пореске управе, са нагласком на подстицање добровољног плаћања пореза и смањење пореске евазије, као кључног изазова у раду. Не треба заборавити да оптимално функционисање пореског система, у датим условима, захтева не само добре и транспарентне пореске прописе него и стручну и модерно опремљену пореску администрацију, способну да одговори свим изазовима савремених информационих токова. Задатак је пореске власти да благовремено препознаје испољене тешкоће у раду Пореске управе и да формулише стратегију њеног развоја са циљем отклањања кључних слабости у њеном свакодневном функционисању. Децембра 2010. године усвојена је Корпоративна стратегија Пореске управе Србије за период 2011-2015. Овај стратешки документ обухвата

24 Одређени стандарди рада као добра пракса у пореским администрацијама изложени су у документу Европске комисије „Fiscal Blueprints-A path to a robust, modern and efficient tax administration“, прихваћеном 1999. и ажурираном 2005. године.

25 Александар Драгојловић, Дејан Видојевић, *Level of Readiness of Serbian Tax Administration to Fight Against Tax Evasion*, Анали Економског факултета у Суботици, 23/2010, стр. 57.

26 Милева Анђелковић, Прилагођавање Пореске управе Србије европским стандардима, тематски зборник радова „Право на приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Ниш, 2010, стр. 24.

стратешке циљеве и кључне стратегије којима треба да се повећа транспарентност у пружању услуга и омогућава пореским обвезницима да своје пореске обавезе измирују на лакши начин; обезбеди професионализација и стварање ефективне клијентски оријентисане пореске администрације; затвори порески јаз и прате трендови како би се обезбедило да будући приходи не буду угрожени.

Закључне напомене

Суочавање са изазовима које доноси ново време и њихово превладавање несумњиво захтева снажну, модерну и одговорну пореску администрацију. Промене у савременим пореским системима показују да се не може занемаривати административна димензија пореске реформе.

Највећи изазов са којим се суочавају све пореске администрације јесте слабо извршавање пореских обавеза што је посебно изражено у периодима погоршаних економских и социјално-политичких кретања. Можда је текућа економска криза погодно време да ови државни органи сагледају своје предности и своје недостатке. У ком правцу ће се развијати, да ли ће то бити досадашњи традиционални управни органи или неки облик корпоративног постојања, зависиће преваходно од политичке воље и финансијских средстава неопходних за реорганизацију пореских администрација на измењеним основама. Међутим, савремени управљачи као да „заборављају“ да тржишни и јавни сектор немају исти разлог постојања и циљ деловања. То ће бити главна сметња реализовању ових промена што ће, свакако, изискивати и дужи период прилагођавања.

Свака држава мора да развија сопствену стратегију управљања пореском администрацијом у зависности од специфичних услова и околности, од чега ће и зависити оптимална примена пореског система. То практично подразумева што је могуће ниже трошкове опорезивања и већи степен добровољног извршавања пореских обавеза.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Contemporary Challenges in the Operation of Tax Administrations

Summary

In contemporary states, tax reforms are accompanied by changes in the operation of tax administrations. The new approach to the administration of tax affairs includes the reorganization of tax authorities, introducing the client-oriented approach to tax payers, measuring the accomplished results of tax activities and ensuring more responsibility of all participants in tax administration. The institutional and organizational improvements should equip and strengthen the tax authorities to face new challenges which are created by the globalization of financial and economical flows, e-commerce, the constant development of communication technologies, tax competition, etc.

The key component in the administration of tax activities is the orientation towards the needs of tax payers. This client-oriented approach implies the capacity to manage risks, to measure the performances, to use modern information technologies and to institute privatization in some areas of taxation. The ultimate goal of all these changes is to increase voluntary tax payment and to prevent tax frauds. In that respect, the emphasis is on creating a new model of cooperation between the tax authorities and tax payers. Due to the significant expansion of international economic relations, national tax administrations are increasingly oriented towards mutual cooperation. The Serbian tax administration is still in the process of reform, constantly encountering numerous challenges. In the process of EU association, the Serbian tax administration is expected to produce such results that would draw Serbia closer to the standards applicable in the developed European tax administrations.

Key words: *tax administrations, managing tax risks, measuring performances, improving voluntary tax payment, cooperation of tax administrations.*

ПРАВО НА РАЗВОД КАО СУБЈЕКТИВНО ПРАВО

Апстракт: Република Србија је 2005. године донела нови Породични закон којим је уведено право на развод као ново људско и субјективно право. У овом раду, аутор најпре поставља питање да ли се увођењем овог права ствара привид неограничене слободе у породичним односима и није ли породица препуштена сама себи и то у ситуацији када јој је солидарност њених чланова преко потребна. Аутор указује да је на увођење овог права превасходно утицала контрактуализација бракоразводног права и нестајање кривице за развод брака. Међутим, већина законодавстава европских држава која нам традиционално служе за пример не нормира ово право, нити се оно признаје у пракси Европског суда за људска права у Стразбуру. У својим одлукама, овај суд се позива на Члан 12 Европске конвенције о људским правима где се експлицитно наводи право на брак али не и право на развод. Суд је покушао да нађе праву равнотежу између заштите породице као институције и заштите индивидуалних права. Упркос прокламованом праву на развод, српско законодавство је покушало да обезбеди ову равнотежу увођењем, бар формално, обавезе супружника да заштите интересе деце у случају бракоразводне нагодбе. У завршном делу рада, аутор закључује да је увођењем права на развод учвршћен индивидуализам у породицу Србије која традиционално, али и стицајем друштвено-економских околности, још увек у приличној мери зависи од солидарности њених чланова. Ово указује на чињеницу да наше породично право недовољно артикулише промене у социјалној сфери, где је приметан пораст броја развода, а нарочито смањење стопе закључених бракова.

Кључне речи: право на развод, субјективно право, Породични закон Србије.

Увод

Породично право се на крају двадесетог и почетком двадесетпрвог века изменило под утицајем промена у друштвеном и правном окружењу, а пре свега као последица усвајања идеја о људским правима. Уместо да се, као раније, правно регулише и штити породица као целина, признаје се право

индивидуалним члановима породице на заштиту породичног живота, напоре до са давањем све већег и већег значаја аутономији воље субјеката породично-правних односа.¹ У складу са реалношћу ово се дешава и у брачном праву, као делу породичног права.² Истина, ово јачање аутономије воље и у праву којим се регулише настанак, трајање и престанак брака није новост и није продукт модерног друштва.³ Оно што је ново, у домену развода брака, јесте чињеница да сада једино супружници одлучују о њему. Тако је повлачењем јавног поретка из породичног права и афирмацијом аутономије воље припремљен терен за појаву једног новог права: права на развод брака.

Република Србија је 2005. године донела Породични закон којим је уведено право на развод, да би мало касније ово било потврђено и у Уставу. Циљ је био, између осталог, да се успостави систем компатибилан европском. Само по себи увођење овог новог људског и субјективног права би могло бити показатељ високог нивоа остваривања и заштите права човека, али и последица угледања на законодавства која нам традиционално служе за пример. Са друге стране, поставља се питање ствара ли се привид неограничене слободе у породичним односима и није ли породица препуштена сама себи и то у ситуацији када јој је солидарност њених чланова преко потребна. Ствара ли се на овај начин један неодговоран однос у породици и није ли овим угрожен и њен опстанак? Нарочито ако се зна да она није место живљења лица једних поред других већ је заједница која остварује најмање троструку мисију: она је место љубави, солидарности и одгајања деце.⁴

1 «Јачање моћи индивидуалне воље у породичном праву означава његову суштину». Видети: Cornu .G., *La famille*, 6. ed., Paris, 1998, стр.7. Француски правник и социолог Карбоније је још давно приметио да је индивидуална воља постала главни покретач либерализације породичног права «потврда слободе човека у успостављању (као и у раскиду) брачне везе...». J.Carbonner, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Melange Ripert, Dalloz, 1950, стр.328.

2 На овај начин губи се регулативна функција права као средства за разрешавање друштвених кофликата и ствара привид неконфликтности друштва. Видети: М. Јањић-Комар, *Расправа о принципима Породичног права*, Београд, 2008, стр.13. Ово давање све већег значаја индивидуалној вољи и уговорима, као најзначајнијим инструментима приватног права, и у домену права којим се регулишу породични односи, могли бисмо означити и као процес приватизације породице и породичних односа. Видети: З.Поњавић, *Приватизација породице и породичног права*, «Сл.гласник», Београд, 2009, стр.1-197.

3 Тако је споразумни развод постојао још у римском праву, а био је регулисан и у Француском грађанском законнику из 1804. године. Вид. З. Поњавић, *Споразумни развод брака - дуго путовање у прошлост, Зборник радова Двестотине година од доношења Француског грађанског законика*, Ниш, 2006, стр. 85-97.

4 «Она је стуб европског социјалног модела», односно она је «основа друштва» као што се каже у предлогу једне резолуције коју су предложили Европском парламенту више од 20 удружења и чланова Европског парламента у припреми за Четврти конгрес о породици

Настанак права на развод

Развод се уобичајено дефинише као престанак пуноважног брака за живота супружника, одлуком суда, донетој на захтев једног или оба супружника и на основу случајева предвиђених у закону и у предвиђеној процедури. Међутим, развод је и више од овога. Он је извор недоумица и повод расправа, јер се никада не бира између добра и зла, између доброг и још бољег, већ готово увек између два зла.

Право којим се регулише развод мора испуњавати двоструке захтеве: мора обезбедити успешан развод, али се при томе не смеју занемарити интереси породице и друштва у целини. Оно се, дакле, мора кретати између индивидуалне слободе и претеране друштвене контроле усмерене на заштиту општих интереса. Последњих година, међутим, развод и уопште породично право се све више прилагођава успону једног екстремног индивидуализма који увек тражи више. Индивидуалистичка филозофија и захтев за срећом полако постају доминантни у односу на опште интересе.⁵ Индивидуална лична права мало помало добијају превагу над породичним, нарочито преко све већег броја субјективних права. Субјективно право су се некада одређивало као моћ воље дата појединцу од стране правног поретка као средство у циљу задовољења његових интереса.⁶ Оно је било искључиво право признато од стране правног поретка у корист једног лица, посебно и као члана друштва, у циљу постизања одређеног интереса за њега самог, али и за заједничко добро.⁷ Према томе, чак и ако су фаворизоване слободе личности вођено је рачуна о општем добру. Овакво поимање субјективног права је готово напуштено. Полако и све више субјективна права служе за задовољење индивидуалних осећања, па и жеља. Општи интерес не улази више неизоставно у појам субјективног права.⁸ Од

који је одржан у Варшави 2007. године. Видети: <http://www.fides.org/aree/news/newsdet.php?idnews=9205&lan=fra>

5 Иде се дотле да се говори о «праву на срећу». Међутим, у једном либералном друштву може се говорити само о праву појединца да тежи ка срећи према свом нахођењу, а не о «праву на срећу». Апсурдна последица признања једног таквог права била би наметање обавезе држави да сваког грађанина учини срећним. Видети: Jean-Yves Pranchère, *L'autorité contre les lumières: la philosophie de Joseph de Maistre*. <http://books.google.rs/>. Интересантно је да Америчка декларација о независности из 1776. године право на тражење среће ставља у исти ранг са слободом појединца.

6 Д.Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1984, стр.135.

7 Идеја по којој се субјективно право мора ускладити и са друштвеним интересима (општим добром) је Јерингова. Видети: Р. Јеринг, *Циљ у праву*, Београд, 1894, том 1, стр.8; Наведено према: Р.Ковачевић-Куштримовић, *Субјективна права-основа нашег правног система*, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 1985, стр.147.

8 Што у основи представља повратак на идеје о природним људским правима која се озакоњују кроз систем субјективних права који је још Жан Жак Русо догматски уобличио

субјективних права која су имала за свој објекат интерес (корист) дошло се до оних чији је објекат жеља, која се интегрише у правни поредак као извор права. Свака нова лична жеља постаје потенцијално ново субјективно право,⁹ те у том смислу може се рећи да су она еластична и неограничена. Тако се долази у ситуацију да «све што се односи на човека постаје и његово право и губи се разлика између субјективног и људског права».¹⁰ Умножавање нових захтева доводи до појаве нових субјективних права или «права на». Једно од њих је и право на развод брака. Његово појављивање је последица и сталне либерализације брака и развода чији је главни покретач индивидуална слобода.¹¹ Индивидуална воља, односно жеља за разводом је постала фактички једини узрок за развод брака. Право на развод би се, према томе, могло одредити као једна слобода развода без потребе доказивања кривице друге стране, без могућности стављања приговора и на крају право супружника да се разведу без интервенције суда.

Промене унутар породичног права које су нарочито довеле до настанка права на развод могу се означити као: а) контрактуализација бракоразводног права, и б) нестајање кривице за развод брака.

А) Када је брак био институт јавног поретка, аутономија воље је имала врло скромну улогу.¹² Данас, међутим, брак није више епицентар породице нити је институција која превазилази интересе супружника. Брак уједињује две различите личности и тако остаје током целог трајања брака. Сваки од супружника очекује да се у браку остваре његова надања, а пре свега да у њему

уздижући начела индивидуалне слободе на врх револуционарне идеологије. Наведено према: Исто.

9 Тако се, примера ради, све више говори о «праву на дете» које на најбољи начин илуструје одговор права на егоизам и жељу појединца. Иако ово право законодавац не признаје изричито, ипак се успоставља више могућности да би се задовољила жеља за дететом (усвојење, асистирана прокреација, ..). Очигледно је да право на поштовање породичног живота постало право на заснивање породице које је у суштини право да дете . У овом смислу: J. Hauser, L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/2008, стр.96.

10 М. Јањић-Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Београд, 2008, стр.22. У вези овога се истиче да се примарно људска права морају схватити негативно, као слобода појединца у односу на државу. Додајмо, да су она створена у корист индивидуе у односу према држави како би се компензовала неједнакост моћи која их дели. С друге стране, како истичу неки (С. Eisenmann, Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin) не постоје права која нису права човека, односно права за човека. Сва права су управо намењена човеку. Наведено према: Jean-Jacques Sueur, *Régénération des droits ' homme et/ou consécration de droits nouveaux??*

11 А. Benabent, La liberté individuelle et le mariage, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1973, стр.440.

12 J. Carbonnier, La question du divorce, mémoire à consulter, Dalloz, 1975, Chron., стр.115-122.

буде срећан. Примамљивост брака ослабљена је прихватањем и изједначавањем ванбрачне заједнице са њим али и са начином престанка овог конкурентског облика заједништва. Наиме, чињеница да ванбрачна заједница може бити једнострано раскинута свакако има утицај и на прихватање широких могућности развода брака.

Контрактуализација бракоразводног права се може посматрати као један аспект широко прихваћеног индивидуализма. Еманципација личности довела је до слабљења обавеза својствених за брак, обавеза које су за већину спадале у јавни поредак.¹³ Мисли се пре свега на она узајамна права и дужности супружника која су уређена императивном правном нормом.¹⁴ То је оно „тврдо“ брачно језгро кроз које друштво исказује своју заинтересованост за брак. У питању су права и обавезе супружника на помагање и поштовање као и обавеза вођења заједнице живота.¹⁵ Њихова повреда није више, као некада, праћена доследном санкцијом.¹⁶ Општи интерес се још намеће и кроз процесна правила Породичног закона којима се регулише поступак као и нужност доношења коначне одлуке од стране суда.

У породичном праву све више се оставља места вољи субјеката породичних односа, а посебно сагласној вољи. Многе области породичног права, као што су споразум о имену супружника, о месту становања, о брачном имовинском режиму, али и о разводу брака постају предмет споразумног регулисања од стране супружника. Они се систематски од стране законодавца охрабрују да у свакој фази развода брака склапају споразуме са различитом садржином. Успон контрактуализма и аутономије воље са мотивацијом да се породица тиче само приватног живота и индивидуалних слобода фаворизује пријатељско решавање породичних конфликта.

Б) Кривица за развод брака се традиционално везивала за заштиту институције брака и породице. Онај ко је био крив угрожавао је институцију па је морао и сносити санкције за такво понашање. У савременом праву постоји могућност развода без кривице и без могућности да један од супружника спречи

13 Разлог постојања јавног поретка у породичном праву све више је заштита индивидуалних слобода а све мање потреба државе. Јавни поредак се преусмерава на појединца. Видети: J. Hauser, «Јавни поредак у породичним односима», *Правни живот*, 9/2000, 476.

14 Премда се јавни поредак не може изједначити са императивним нормама. Он би се могао дефинисати негативно: као ограничење индивидуалне воље. Видети о овом: Исто, стр.473 и сл.

15 Видети чл. 25. Породичног закона Републике Србије.

16 Узмицање јавног поретка из брака очигледно је и у погледу примене санкције ништавости. Ова, уобичајена санкција која се примењује у случају закључења ништавог уговора у случају настанка таквог брака не мора бити неизоставно примењена. Примера ради, ако је склопљен фиктиван брак, према чл 32.ст.2. Породичног закона не мора бити поништен ако је заједница живота накнадно успостављена.

развод. Наиме, у упоредном праву већ је готово завршен процес уобличавања једног развода «без кривице», процес «слободног изласка из брака». С друге стране, не постоји јединствен став у погледу начина регулисања развода «без кривица», будући да неке државе прихватају јединствен систем развода заснованог на чињеници пропасти брака, док друге прихватају развод «a la carte», где се предвиђају различити узроци за развод, процедура и последице везане за те узроке.

Нормирање и правна природа права на развод

Право на развод брака је код нас гарантовано и на уставном и на законодавном нивоу.

Устав Републике Србије у чл. 62. регулише да «свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака». ¹⁷ Увођење овог људског права полази од негативног схватања људских права као слободе појединца у односу на државу.¹⁸ Овим се појединцу гарантује лична слобода и ограничава државна власт.¹⁹ Слобода појединца да слободно одлучи о склапању брака, независно од уставне одредбе, постојала је и раније а и сада. Гарантована је националним породичним законодавством кроз санкционисање мане воље код склапања брака његовом ништавошћу.²⁰ Слобода развода брака раније није била изричито нормирана. Међутим, чињеница да се брак могао развести на захтев једног супружника онда када више није био извор среће за њега фактички је потврђивала њено постојање, јер сви који су хтели развод могли су га добити.

¹⁷ Устав Републике Србије, чл.62.ст. 1: «Свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака». Устав користи термин «раскид брака», за разлику од Породичног закона.

¹⁸ Ово право би спадало у ону категорију људских права која се у правној теорији означава као «права негативног статуса», тј. у права која држава не сме дирати. Видети: Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Београд, 2008, стр.461.

¹⁹ Поставља се питање колико је ова слобода у складу са начелом посебне заштите породице прокламованим у чл.66. Устава. Одредба о слободном одлучивању о раскидању брака је, како се истиче у нашој правној теорији, потпуно нова и неуобичајена за уставну материју. Видети: О. Цвејић-Јанчић, «Устав као извор породичног права», **Правни живот**, 10/2008, Том II, стр. 216.

²⁰ Није у питању право на брак, као што се то понекад погрешно наводи у пракси. Тако: видети образложење одлуке Гж2 562/10, Апелационог суда у Београду. Одлука је објављена на: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/>

Породични закон Републике Србије из 2005. године²¹ не говори изричито о праву на склапање брака,²² али зато регулише право на развод брака.²³ Право на развод брака проистиче из чињенице његове пропасти што се може остварити захтевом једног или оба супружника споразумно. Овим законом су укинуте неке материјалноправне и процедуралне препреке које су постојале у погледу проглашења развода. Настојања да се развод модернизује огледају се кроз поједностављење процедуре онда када се супружници слажу око принципа развода и у супротном случају да се бар, колико је то могуће, умире њихови односи.

Право на развод је, дакле, субјективно позитивно право, признато појединцима нормама објективног права. Објективним бракоразводним правом предвиђа се могућност задовољења једног личног интереса које се састоји у могућности поновног склапања брака. Као и свако друго субјективно право ограничено је нужношћу да се поштују права других. Оно припада тачно одређеном субјекту за разлику од објективног права које је безперсонално.

Право на развод је лично, субјективно право. Такође, оно је неимовинско право, за разлику од имовинских права која представљају једну имовинску вредност за свог титулара.

Постојање овог права унутар породичног права је прилично дволично. Наиме, субјективна породична права, по правилу, нису усресређена на задовољење једног стриктно индивидуалног интереса, будући да се породично право још увек темељи и на солидарности. С друге стране, лична права су заснована на заштити искључиво индивидуалног личног интереса, посматраног самог за себе, изоловано. Стога је право на развод тешко помирљиво са породичним правима. Породична права су истовремено и обавезе у односу на другог титулара. Право на развод је индивидуалистичко, егоистичко право које «плива» у породичном окружењу.

Самопостојање једног субјективног права је недовољно ако се не примењује. Наиме, реализација права произлази из његовог постојања. Субјективна права су створена за живот, да би била вршена. Постоје уобичајено два начина вршења субјективних права: судски и вансудски. У случају када се субјективно право не оспорава, остварује се на неспоран начин, а када се оспорава, онда се заштита добија пред судом. Право на развод се може реализовати искључиво судским

21 Објављен у «Сл. гласник Републике Србије», 18/2005

22 Ово говори о даљем слабљењу позиције брака у нашем праву. Традиционална породица, заснована на браку, на нормативном плану слаби без обзира на то што она још увек постоји и што је вредносно прихватљивији и преовлађујући облик породице код нас. Видети: З. Поњавић, *Право на склапање брака и заснивање породице у европском и нашем праву, Право Републике Србије и право ЕУ стање и перспективе*, Зборник радова, свеска 2, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2009, стр.47-60

23 Породични закон, чл. 40 и 41.

путем. Наиме, развод брака намеће интервенцију суда и то без обзира да ли се ради о спорном или неспорном облику развода. Суд не може одбити да разведе брак ако је пропао, односно ако су супружници постигли споразум о разводу. Тужена страна не може спречити развод брака чим је по тужби доказана његова пропаст. На крају, сви који желе развод: добиће га. Управо су поједностављење процедуре и пацификација сукоба уздигли развод на ранг субјективног права.

Правно регулисање развода

Породични закон практично на вољи супружника заснива склапање, трајање и престанак брака. Воља супружника, односно њихов споразум, изричит или прећутан, постаје једини начин развода брака. Тачније речено, узајамни споразум је довољан да брак настане и престане без потребе навођења било ког другог узрока. Супружницима се пружа могућност постизања споразума и кроз неспорну и кроз спорну процедуру развода брака. Оваква концепција је заступљена према Породичном закону РС не само у случају споразумног развода брака без заједничке малолетне деце, као што је био случај према ранијем ЗБПО, већ и када је у питању брак у коме су рођена деца. Када се ради о спорном облику развода ово се огледа кроз медијацију (посредовање), као пожељни вид разрешења брачног конфликта.

Одредбе Породичног закона РС којим се регулише развод брака представљају наставак политике развода без кривице. Прихваћен је бракоразводни систем који се уобичајено одређује, код нас и у упоредном праву, као „развод пропаст», „развод банкротство». Развод је могућ ако је дошло до тешке поремећености брачних односа, онда када се објективно не може остваривати заједница живота супружника. Пропаст брака је уствари једини узрок за развод брака, иако формално и даље, као раније, постоје два начина развода брака: споразумни развод брака и озбиљан и трајан поремећај брачних односа (чл. 40 и 41. Породичног закона). Разлика између њих је да ли се пропаст брака претпоставља или се мора утврђивати. Избор између њих условљен је једино могућношћу супружника да се на самом почетку бракоразводне парнице споразумеју у погледу последица развода брака, а не карактером поремећаја брачних односа. На крају крајева, они и не траже да суд реши њихову парницу већ да потврди њихов споразум. Супружници постављају свој захтев на начин који суд ставља пред пред свршен чин и његову интервенцију чине излишном.

Правна правила Породичног закона којима се регулише развод брака су тако конципирана да олакшају супружницима «пролаз» кроз развод и коначно и сам излаз из њега, у складу са прихваћеним правом на развод. Јасно је да ни редактори Закона нису желели да брак може бити раскинут из било ког разлога, па и из каприца, због чега није дозвољен једностранни раскид брака. Међутим, постојање развода брака по тужби једног супружника без могућности истицања

приговора тужене стране којим се може на дуже или краће време осујетити развод,²⁴ као што је у нашем ПЗ (чл.41), фактички представља увођење, на мала врата, једностраног развода брака.

а) Развод по тужби (озбиљан и трајан поремећај брачних односа)

Према члану 41. Породичног закона сваки супружник има право на развод брака ако су брачни односи озбиљно и трајно поремећени или се објективно не може остваривати заједница живота супружника. Према томе, чим се пред судом установи, на основу свих доказних средстава, последица која се тражи у овом случају, брак се мора развести, јер је то право супружника. Стога се најважније питање, код овог спорног начина развода брака, тиче врсте доказних средстава и начина на који се она користе у циљу доказивања пропасти брака.²⁵ Односно, да ли се утврђује материјална истина применом свих расположивих доказних средстава што би могло довести у неким случајевима и до одбијања тужбеног захтева, што може бити повреда права на развод, или се само формално утврђује истина једино на основу изјава странака.

У пракси наших судова све се своди на исказе супружника као странака о постојању околности које указују на озбиљан и трајан поремећај брачних односа.²⁶ Суд треба да донесе мериторну одлуку, на основу свих расположивих доказа,

24 Оваква могућност је предвиђена у праву Немачке. Да би се избегли приговори како се на овај начин уводи репудијација (*Verstossung*), немачки законодавац је одбацио аутоматски карактер проглашења развода после три године раставе које треба да доказују пропаст брака и увео клаузулу правичности у чл.1568. (*Härteklausele*). Овом клаузулом се предвиђа да брак неће бити разведен, иако је пропао, све дотле док је његово одржање у интересу малолетне деце и ако би развод био неправичан за тужену страну.

25 Питање доказивања стања пропасти брака различито је решено у упоредном праву. Примера ради, у праву Шведске за развод брака је довољна изјава воље једног од супружника. Не тражи се уопште да су на било који начин нарушени брачни односи између супружника. У овом смислу изгледа да се овде ради о највећем степену слободе развода. Уосталом, законодавац не говори о бракоразводном узроку већ о праву на развод. Видети: В. Влашковић, Основне одлике нордијског модела развода, *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (Ур.С.Бејатовић), Крагујевац, 2006, стр.277.

26 Објективни критеријум на основу којег се може закључити да је брак пропао могао би бити, одређени период раставе супружника пре него што дође до развода. Такав рок, примера ради, постоји у праву Канаде (Закон о разводу, чл.8.ст.2). Између захтева за развод и самог развода мора постојати период од најмање годину дана раставе. Овај период треба да послужи супружницима да још једанпут размисле о разводу, чиме се, како се наводи у литератури, избегава репудијација. Видети: Xavier Labbée, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils des rapports contractuels ?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, 95. Наведено према: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/784/4/D%c3%a9judiciarisation%20et%20divorce%20consensuel.pdf>.

Период раставе постоји и у данском, норвешком и исландском праву. Рок трајања такође износи годину дана. Међутим, овај период раставе нема за циљ успостављање објективног

али у суштини он се задовољава констатацијом воље супружника. Суштина поремећаја, односно прави разлог поремећаја брачних односа остаје скривен.

У суштини задатак суда је само да, ако је тужилац упоран, формално констатује озбиљан и трајан поремећај брачних односа и да разведе брак. Други супружник који не жели развод може једино оспорити постојање озбиљног и трајног поремећаја брачних односа. На овај начин он може избегавати проглашење развода, али то је само предах од неколико месеци, све док суд не донесе неминовну пресуду о разводу.

Воља за разводом оба или само једног супружника је довољна да суд констатује непоправљиви распад брака, фактички да констатује њихову вољу. Једина сатисфакција за супружника који није својим понашањем довео до поремећаја брачних односа је што може осујетити другог супружника да добије издржавање ако би то представљало очигледну неправду за њега (чл.151.ст.3.ПЗ). У овом случају би се могао позвати на понашање друге стране којим су прекршена права и обавезе из брака. Дакле, он ништа не добија, само неће морати да даје, што може представљати слабу сатисфакцију за оног ко је поштовао права и дужности из брака. На овај начин директна класична санкција према супружнику којом се некада штитила институција брака постаје индиректна и изузетна.²⁷ Измењен је и циљ санкције. Од заштите породице као институције тежиште се помера ка заштити њених чланова у односу на друге чланове породице.²⁸

Могло би се стога рећи да се већина развода по тужби заснива на споразуму супружника. У неким случајевима тај споразум је, као што видимо, прикривен док је у другим случајевима официјелан, чак и врло пожељан. Он се јавља као пожељан у поступку посредовања, који је као нова фаза у разрешавању брачних спорова уведен Породичним законом Србије. Циљ посредовања је да се супружници сложе, мање са мирењем, а више са прихватањем и уређењем

критеријума за утврђивање поремећености брачних односа, која се у нордијским правима не утврђује, већ просто представља једно од последњих ограничења на путу ка слободи развода брака. Све се одвија у сфери аутономије воље. Нордијске органе надлежне за развод брака у овим случајевима не интересује какви су односи били у браку, већ да ли је дошло до промене воље странака у погледу развода.

И Комисија за европско породично право (Commission on European Family Law - CEFL) у својим усвојеним принципима који се тичу развода и издржавања после развода брака, у принципу бр.1:8, предлаже као услов за развод брака без споразума странака да постоји период раставе од годину дана. Видети: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/Principles%20-%20French.pdf>.

²⁷ У овом смислу: J.Hauser, *Personnes et droit de la famille, (Divorce et separation), Revue trimestrielle de droit civil, 2/1991, 304.*

²⁸ Последица овога може бити да санкција, у крајњем случају, има негативне последице по саму породицу. Идети: F. Gonthier, M. Lamarche, *Faute en famille, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*; <http://books.google.com/books?>

последица развода брака.²⁹ Другачије се не може тумачити потпуна необавезност супружника да се одазову позиву за мирeње, чак и ако су претходно пристали на њега.³⁰

Ако су супружници у поступку нагодбе постигли споразум о деоби заједничке имовине о томе се саставља записник од стране суда или установе којој је поверен поступак нагодбе. Задатак парничног суда је да садржину постигнутог споразума «унесе» у изреку пресуде којом се брак разводи.³¹ Улога суда се овде фактички своди на неку врсту овере уговора о деоби заједничке имовине.

Овлашћења суда су знатно већа у погледу другог споразума који је склопљен у поступку нагодбе, а који се односи на вршење родитељског права. Споразумом се може уговорити заједничко или самостално вршење родитељског права. Задатак суда није само да «овери» уговор, већ и да «процени» да ли је у сагласности са интересима деце. Ако јесте, споразум остаје неизмењен и уноси се у изреку пресуде (чл.243/4.ПЗ). Уколико то није случај, суд има овлашћење да овај споразум родитеља модификује. Ипак, овлашћења суда су ограничена и условљена вољом супружника. Суд, тако, не може у овом случају донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права уколико то странке (супружници, односно родитељи) нису предложили. Такав споразум може потећи једино од супружника (родитеља), а суд је овлашћен да га прихвати или не прихвати. Према томе, иако споразум супружника нема снагу извршне исправе ако није унет у судску одлуку може се ипак рећи да он чини супстрат те правне одлуке.

б. Споразумни развод

Споразумни развод брака на најбољи начин осликава еволуцију породичног права и све већи утицај воље супружника на брак, односно, заснива се на догми

29 Основна сврха посредовања (медијације) је да се одлука о последицама развода донесе од стране брачних партнера. Дакле, мање да реше конфликт, а више да уговоре последице и на тај начин управљају својом будућношћу. У случају да супружници пристану на мирeње, као прву фазу посредовања, али да оно буде неуспешно, судбина брака је запечаћена. Иста последица наступа и ако се странке не појаве у поступку мирeња на који су иначе пристале. И ово може бити резултат њиховог претходног прикривеног споразума, чије постојање суд не може проверавати, чиме се ствара могућност да странке управљају предметом спора. Наиме, парнични суд који разводи брак више не може испитивати да ли тај поремећај постоји. У следећој фази посредовања - нагодби, према законској норми (чл.241/2.ПЗ), пожељно је да странке својим споразумом реше питања најважнијих последица развода: питање вршења родитељског права и питање поделе заједничке имовине. Наравно, оне могу на исти начин решити и друга питања, као што су издржавање, повраћај поклона, итд.

30 Видети: чл.237.ст.2. Породичног закона

31 У правној теорији се наводи да употреба термина «унети» представља пример неспретног и непрецизног изражавања законодавца. Постигнути споразум треба посматрати као подлогу за судску одлуку. Видети: Г.Станковић, «Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима», *Ново породично законодавство*, Зборник радова, Крагујевац, 2006, 489 фн. 38.

аутономије воље.³² Он се сматра «модерним», једноставним, недраматичним начином развода брака где су супружници сагласни да се разведу уз обавезу постизања споразума којим се регулишу последице развода и који мора бити потврђен од стране суда. Споразумни развод брака није бракоразводни узрок већ симптом пропасти брака, довољан да оправда развод.³³ Пропаст брака се у овом случају претпоставља. Тачност ове претпоставке, ако су сви формални законски услови испуњени, нико, па ни суд, не може доводити у питање.³⁴ Према члану 40. Породичног закона Републике Србије «Супружници имају право на развод брака ако закључе писмени споразум о разводу». Овакав споразум, написан и потписан од странака, производи правно дејство само ако буде унет у изреку пресуде о разводу брака. Предмет споразума нису само последице, као у неким страним правима, (нпр. француско)³⁵, већ и сам развод. Супружници се договарају о разводу и његовим последицама и све је то под контролом суда. Међутим, доминација воље супружника код овог развода готово чини улогу суда излишном. Споразум о разводу обавезно садржи писмени споразум о регулисању последица развода и то: споразум о вршењу родитељског права и споразум о деоби заједничке имовине.

Када су супружници поднели споразум о разводу брака, поставља се питање каква су овлашћења суда. На првом месту треба рећи да не може одбити да разведе брак по споразуму ако су сви други услови испуњени. Не може, свакако, ни испитивати стање брачних односа, али има обавезу да испита споразум о вршењу родитељског права, односно, да ли је сагласан са заштитом најбољих интереса деце. Ако јесте, према чл.225. задатак суда је да тај споразум «унесе» у изреку пресуде. А ако није, извршиће се његова корекција. У овом случају, ако суд на другачији начин реши питање вршења родитељског права, па након тога буде донета одлука о разводу, може се узети да су га супружници

32 M. Giacomelli-Mori, L' autonomie de la volonté dans les conventions entre epoux divorces, *Revue trimestrielle de droit civil*, 3/2001, 507.

33 Исто, 506.

34 Већина страних законодавства, као што је француско или белгијско, предвиђају могућност споразумног развода само ако су претходно испуњени услови у погледу трајања брака и ако постоји растава између њих одређени временски период. Тако се у француском праву, чл.230 - 232. Грађанског законика, захтева да је брак трајао 6 месеци, а да се одлука о разводу може донети тек три месеца по улагању захтева за развод. У Белгији супружници могу да се споразумно разведу само ако имају најмање двадесет година живота и ако су најмање две године у браку (чл.275-276. Грађанског законика). Чак се и у Шведској, која је једна од ретких земаља у којој није предвиђен услов у погледу трајања брака за развод по споразуму, предвиђа рок за размишљање од шест месеци по улагању захтева за развод ако се један од супружника стара о детету млађем од 16 година (Закон о браку, чл.5.Глава 2). В. Влашковић (2006), 278.

35 F. Dekeuwer-Defossez, « Divorce et contrat » у: *La contractualisation de la famille*, D. Fenouillet, (Dir.), P. Vareilles-Sommieres, Economica, Collec. Etudes juridiques, 2001, стр. 327.

прихватили као свој споразум. Ако један или оба нису задовољни измењеним споразумом о вршењу родитељског права могу једноставно повући предлог за споразумни развод брака све док поступак није правноснажно окончан. На овај начин они од почетка па до краја остају господари овог споразума.

Споразум супружника о деоби заједничке имовине суд нема овлашћење да контролише нити да мења. Овај споразум је обавезан за суд и он га «уноси у пресуду» (чл.225/2.). Аутономија воље супружника у овом случају је једино ограничена чињеницом да уговор мора бити састављен у писаном облику и да ће производити дејства само ако буде унет у изреку пресуде од стране суда.

Очигледно да суд код споразумног развода интервенише само као заштитник интереса детета, али не и супружника. Наиме, он нема задатак да осигура равнотежу интереса супружника, тако да нема овлашћење да одбије споразум о деоби заједничке имовине ако би он био противан интересима супружника.³⁶ Друга је ствар са интересима деце. Судска контрола обухвата заштиту њихових имовинских и неимовинских интереса. Управо би ово било и једино оправдање задржавања судске надлежности у овој области.³⁷

Упоредно право

Док је право на склапање брака и заснивање породице изричито регулисано чл.12. Европске конвенције о правима човека³⁸, о праву на развод брака нема помена. Истина, има схватања да се овим правом имплицитно признаје и право на раскид брака. У пракси суда у Стразбуру било је назнака ка признању овог права (одлука *Airey*)³⁹, али је коначно одлуком Џонстон

36 Као што може у Француском праву, примера ради. (Грађански законик, чл.232-250). Суд ће потврдити споразум о разводу и развести брак само ако утврди да је воља супружника стварна и ако су интереси оба супружника заштићени.

37 У супротном могло би се говорити о надлежност неког административног органа, примера ради матичара, будући да је пред њим брак и склопљен. Принцип 1:2 усвојен од стране Комисије за европско породично право (Commission on European Family Law - *CEFL*) дозвољава могућност овакве надлежности. Надлежност административног органа у овом случају предвиђена је у праву Норвешке и Данске. Видети: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/Principles%20-%20French.pdf>

38 Више о том праву видети: З. Поњавић, Право на склапање брака и заснивање породице у европском и нашем праву, *Право Републике Србије и право ЕУ стање и перспективе*, н.дело, стр.47-60.

39 Одлука *Airey* од 9. октобра 1979. године. У овом случају госпођа *Airey* је рекламирала повреду чл.6 и 8 Конвенције будући да као жртва злостављања од стране свог мужа није могла због недостатка средстава добити помоћ правног саветника и није испуњавала услове за правну помоћ. Суд је потврдио повреду ових права из чл.6 и 8. истичући да су права ове жене повређена непостојањем њене правне заштите и начином како је правна растава уређена законом.

и Орс против Ирске оваква могућност коначно одбачена⁴⁰. Наиме, према мишљењу Суда у Стразбуру право на склапање брака и заснивање породице не обухвата и право на раскид брачне везе. У овом случају представку је поднео мушкарац који је већ 15 година био у стабилној вези са својом партнерком, односно толико је дуго растављен од своје супруге. Представку је поднео заједно са својом партнерком и њиховом ћерком. Мушкарац је рекламирао повреду права на породични живот чињеницом да Ирска не дозвољава развод. После развода он је хтео да закључи нови брак са својом партнерком. Суд је нашао да постоји широка слобода сваке државе чланице да тумачи одредбе Конвенције приликом одлучивања о мерама које треба предузети како би се осигурало њихово поштовање. Суд у овом случају одбацује и постојање повреде права на поштовање породичног живота из чл.8 Конвенције. Ако, по мишљењу Суда, заиста постоји породични живот између подносилаца захтева, онда постојање закона којим се забрањује развод и после тога нови брак, не представља повреду права на поштовање тога породичног живота. Суд је истакао да са становишта заштите породичног и приватног живота јесте неопходно да супружници имају могућност да се ослободе обавезе вођења заједничког живота, али да чл.8. Конвенције не намеће обавезу државама да уведу институт развода нити чл.12. обухвата право на развод брака.⁴¹

Из чињенице да већина националних европских законодавстава прихвата и регулише развод брака не проистиче постојање право на развод на европском нивоу. Према томе, управо је ово разлог зашто се он не може наметнути државама које га не прихватају (Ирска, Малта).⁴² Суд у овом случају потврђује да чл.12. треба интерпретирати у духу и циљу који је дат за време доношења ове Конвенције. Према њему и «на основу еволутивног тумачења, не може се прихватити право које није постојало на почетку». Према томе, треба јасно рећи да право на закључење брака не обухвата у себи негативно право, право на раскид брака.⁴³ О праву на раскид брака, Суд се још у једном случају, узгредно,

40 Одлука од 18 децембра 1986, број. 9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*,

41 Одлука јесте стара и питање је како би данас суд пресудио будући да се породични пејзаж изменио. Будући да Суд Конвенцију посматра као «жив инструмент» и да је тумачи еволутивно, у складу са тренутним условима (*Marckx*, 13 јуни 1979, §58; *Airey c. Irlande*, 9 окт. 1979, §26), није исклучено да би данас донео другачију одлуку, пре свега, на основу све ширег тумачења права на поштовање приватног живота. Према томе, оно што је било јуче реално, не мора бити данас.

42 Малта је коначно прихватила развод брака и то на референдуму 28. маја 2011. године. Око 54% грађана се изјаснило за развод који ће бити могућ само ако супружници 4 године живе одвојено.

43 Поједини аутори истичу да је овакав став Суда екклантантан показатељ великог утицаја религиозне традиције на европско право човека. Овако: *Jean-Pierre Marguenaud, La liberte matrimoniale, Le droit de la famille a l epreuve de la Convention europeenne des droit de l homme*, 2008, Brussels, стр.19.

изјаснио. поводом разматрања права на склапање брака, после развода. Наиме, у случају *F. contre la Suisse*,⁴⁴ подносиоци захтева су тражили да се оцени забрана поновног закључења брака у року од три године након трећег развода, која је постојала у праву Швајцарске. Према подносиоцима захтева ово је била повреда права на закључење брака и права на поштовање приватног и породичног живота. Суд у Стразбуру је ову забрану оценио као повреду чл.12. Према томе и у овом, као и у претходном случају, наглашава се да нема гаранција права на развод већ само права на поновно закључење брака.

Има настојања да се постојање права на развод брака изведе из права на поштовање приватног живота, из чл.8, нарочито ако се има у виду широко тумачење овог права у пракси суда у Стразбуру. У једном случају Суд и Комисија за права човека су потврдили да приватни живот мора бити схваћен тако да «обухвата, у одређеној мери, право индивидуе да склапа и развија односе са себи сличним, укључујући професионални или комерцијални домен.» Ово подразумева да никаква баријера или ограничење не може спречавати развој личности, њених особености у односима са њој сличним, без мешања са стране.⁴⁵ Све шире прихватање права на поштовање приватног живота доводи и до тога да се говори о праву на срећу. Право на развод које наводно произлази из права на развој личности подразумева његово постојање без ограничења и без посредника. Овим правом се штите права личности и омогућава развод брака онда када он више није извор среће. Домен примене приватног живота се и даље стално шири у европској судској пракси. Једна одлука од 6. фебруара 2001. године Суда за људска права своди поштовање права на приватни живот на «право на развој личности»⁴⁶. Поштовање приватног живота значи одсуство присиле, обавезе, правила. Поштовање приватног живота одбацује као противно праву човека свако ограничење индивидуалне аутономије. Све ово има свој одјек и у праву на развод. Један супружник штитећи своје право на поштовање приватног живота и развоја личности може истичати да је он повређен са постојањем једног развода који је ограничен или предвиђа последице којима се ограничава његова слобода. Право на развод би, према томе, био слика у потпуности објективног развода, који може бити проглашен на основу једностраног захтева без икаквих услова или последица везаних за захтев.

44 Одлука Суда у Стразбуру, бр. 21/1986/119/168.

45 CEDH, 16 децембар 1992, *Niemetz c. Allemagne*, série A, n°251-B. и *Botta c\ Italie*, од 24. фебруара 1998. У овој другој одлуци Суд поред постојања «личног приватног живота» говори и о «друштвеном приватном животу». Видети: Michel Levinet, *La juridicité problématique du droit au développement de la personne humaine dans la jurisprudence récente des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Наведено према: http://www.bibliotheque.auf.org/doc_num.php?explnum_id=592

46 Одлука од 6 фебруара 2001, *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, представка бр. 44599/98.

Генерално посматрано, судска пракса не иде у правцу прихватања једне такве еволуције. Наиме, Суд у Стразбуру у својој интерпретацији чл.8. којим се штити истовремено право на породични и право на приватни живот, не даје аутоматски превагу индивидуе над породицом. Напротив, Суд подразумева постојање породице и када штити међусобне односе њених чланова. Уопштено, може се рећи да су изгледа органи Конвенције много осетљивији на односе који уједињују (брак, сродство...) него на оне које раздвајају (развод, оспоравање очинства).⁴⁷ У интерпретацији правила Европске конвенције Суд настоји да нађе равнотежу између заштите породичних институција и заштите индивидуалних права.

Што се тиче националних законодавстава у признању права на развод најдаље су одмакле скандинавске земље⁴⁸ које, познато је, поседују најефикаснији систем социјалне заштите појединаца, на свету. У неким од њих суд више није надлежан за развод брака у сваком случају. Тако у Норвешкој неспорни развод изриче административни орган. Ако супружници не оспоре развод, гувернер округа (начелник) проглашава развод. Суд изриче развод само ако у предвиђеном року један од супружника оспори развод. И у Данској административни орган изриче развод ако на то пристану супружници и ако се сагласе о најважнијим последицама развода. Овај орган ће одбити да разведе брак ако је тај аранжман противан интересима деце. У овом случају развод иде пред суд.⁴⁹

Шведска познаје најлибералнији развод, без узрока.⁵⁰ Бракоразводни узрок се заснива једино на намери, једностраној или заједничкој, да се брак разведе. Супрузима се не намеће обавеза доказивања пропасти брака. Шта више, не постоји истински узрок за развод брака, јер један супружник може кад жели захтевати од суда да прогласи развод брака. Суд је дужан да то учини без улажења у мотиве развода брака. Ниједан доказ, никаква контрола пропасти брака није предвиђена.

47 М.-Т. Meulders-Klein.), *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, *Revue internationale de droit civil*, 1992, стр.775. Као илустрацију реченог аутор поред поменуте одлуке Džonston, наводи и друге одлуке: непризнавање права на брак особама истог пола (одлука Rees), непостојање позитивне обавезе државе да невенчаном пару да иста права као и венчаном (одлука Johnston)

48 Прва држава која је у Европи још деведесетих година увела право на развод брака била је Шведска. Видети: М.Т. Meulders-Klein, «Individualisme et communitarisme: l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale», *Droit & Societe*, 23-24/1993, доступан на :

<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds023024/ds023024-11.htm>

49 М. Lauer, *Obligations procedurales et droit au divorce*, Доступно на: http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/44/39/53/PDF/These_Melanie_Lauer.pdf

50 Видети: В. Влашковић, н.дело, стр. 281.

Закључак

Постојање права на развод брака подразумева немогућност да се он осујети када не постоји воља супружника да се брак одржи. То би, *de iure*, било противно прокламованом праву на развод. У правној теорији се све више заступа идеја према којој противљење једног супружника разводу није легитимно. Наиме, када један супружник жели напустити брачну заједницу није ли противно светом принципу индивидуалних слобода његово даље задржавање у заједници која је за њега постала неподношљива?⁵¹

Прихватањем права на развод као субјективног права код нас, као што је примећено већ,⁵² губи се граница личних и породичних права, односно људских и субјективних права, и ствара привид неограничене слободе у породичним односима. Овим је учвршћен индивидуализам у породицу Србије која традиционално, али и стицајем друштвено-економских околности још увек зависи од солидарности њених чланова.⁵³ Очигледно да наше породично право недовољно артикулише промене у социјалној сфери, где је приметан пораст броја развода, а нарочито смањење стопе закључених бракова. Дакле, ово је учињено упркос реалности, вероватно и као последица жеље да се Србија представи као земља са високим нивоом остваривања људских права и слобода, и упркос чињенице да већина законодавстава европских држава која нам традиционално служе за пример не нормира ово право, нити се оно признаје у пракси суда у Стразбуру.

Право на развод се у позитивном законодавству Републике Србије остварује на основу споразума супружника или једноставном констатацијом стања брачних односа, али и и његовим креирањем. Оваква «радикална неолиберална» оријентација породичног права у суштини значи увођење репудијације, што ће довести до још већег осиромашења породице.

С друге стране, чињеница да се према праву Србије поремећај односа мора доказивати у случају развода по тужби може значити и негацију права на развод будући да за последицу може имати одбијање развода брака. Поред овога, наш законодавац свестан потребе осигурања интереса неких лица, пре свега деце, предвиђа извесна ограничења овог права и у случају споразумног развода. Њихов карактер је такав да у неким случајевима, теоријски, могу остваривање права на развод довести у питање. Парадоксално је само то да се та ограничења односе на заштиту права трећих лица (детета), а не супружника.

51 F.Dekeuwer-Défossez, н. дело, стр. 77.

52 М.Јањић-Комар, н. дело, стр. 18

53 Оваква решења код нас се по свом радикализму могу мерити са оним револуционарним правом из 1946. године. Чак се и у САД, колевци индивидуализма, у последње време осећа његова криза и све више нагиње колективним вредностима. Видети: лист «Политика» од 30. априла, 1. и 2. маја 2009. године («Миленијумска генерација добре воље»).

Одлучујућа улога осигурања интереса и права деце у овом случају препуштена је суду који треба да буде гарант јавног поретка. При томе се заборавља да само јака породица може бити гарант остваривања права детета, али и одраслих.

Prof. Zoran Ponjavić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

THE RIGHT TO DIVORCE AS A SUBJECTIVE RIGHT

Summary

In 2005, the Republic of Serbia adopted a new Family Act in which the right to divorce has been envisaged as a new human and subjective right. In this article, the author first poses the question whether the introduction of this right creates an illusion of unlimited freedom in family relations, thus leaving a family to itself in the circumstances when the solidarity among its members is of ultimate importance. The author points out that the introduction of this right has been mainly influenced by the contractualization of divorce law and the departure from the fault-based concept of divorce. Yet, a vast number of European legislations (which have traditionally served as models to our legislation) have not recognized the right to divorce as a subjective human right, nor has it been done by the European Court of Human Rights in Strasbourg. In its decisions, the Court explicitly states that Article 12 of the European Convention on Human Rights provides the right to marriage but does not include the right to divorce. The Court has attempted to find the right balance between protecting the family as an institution and the individual rights. In spite of the proclaimed right to divorce, the Serbian legislation has attempted to provide this balance by introducing (at least formally) the obligation of the competent court to establish the irreconcilable deterioration of family relations and the obligation of the spouses to secure the interests of the children in case of a divorce settlement. In the final part of this paper, the author concludes that the introduction of the right to divorce has made allowances for establishing individualism in the Serbian family which, traditionally and owing to the given social and economic circumstances, still largely depends on the solidarity of its members. This indicates to the fact that the Serbian Family Law has failed to sufficiently articulate the changes in a social sphere, where the number of divorces is constantly increasing whereas the number of marriages is constantly decreasing.

Key words: *right to divorce, subjective right, Serbian Family Act.*

ЗАТЕЗНА КАМАТА НА ДЕВИЗНЕ ОБАВЕЗЕ

***Апстракт:** У овом раду, који је посвећен проблематици затезне камате на девизне обавезе у праву бивше Југославије и Републике Србије, размотрен је, најпре, правни режим девизних обавеза, које су различито уређене у периоду пре и после доношења Закона о девизном пословању од 1995. године. Посебно је истражена затезна камата на девизне обавезе у периоду пре доношења Закона о висини стопе затезне камате од 1993. године, у периоду после доношења тог закона, као и у сада важећем српском праву. На крају се, после критичке анализе актуелног, указује и на поједине предлоге и даје конкретан предлог за адекватније уређење стопе затезне камате на девизне обавезе.*

***Кључне речи:** девизне обавезе, девизна потраживања, девизе, доцња, затезна камата, стопа затезне камате, домицилна камата, референтна каматна стопа.*

Уводне напомене

Затезна камата (*usura ex mora*) је, пре свега, камата, тј. накнада коју неко плаћа за коришћење туђих, односно на коју неко има право због немогућности коришћења својих заменљивих ствари.¹ Њена битна особеност огледа у томе што је то накнада коју и без посебног уговарања,² тј. по самом закону, дугује дужник новчане обавезе који падне у доцњу. У том смислу се и прописује да

¹ Михајло Вуковић, *Обвезно право*, књига II, Загреб, 1964, стр. 347, камату дефинише као „наплату за употребу туђег капитала или накнаду за спречавање употребе властитог капитала“; Обрад Станојевић, *Камата*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том први, Београд, 1978, стр. 673, наводи да је камата „цена употребе новца или других заменљивих ствари“, односно „да је то накнада коју неко плаћа за коришћење туђих заменљивих ствари, било да су те ствари уговором стављене на располагање кориснику или их он користи мимо уговора“; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Општи део, Београд, 2008, стр. 65: „камата је надокнада на коју поверилац има право због тога што је лишен извесне своте новца коју му неко дугује, под условом да се та надокнада одређује према висини дуга и према времену његовог трајања“.

² Обрад Станојевић, *нав. дело*, стр. 684.

дужник који задаци са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи утврђеној савезним законом.³

Затезна камата се јавља у вези са новчаним обавезама под којима се подразумевају само оне обавезе које се односе на плаћање одређене или одредиве суме новца, односно чији предмет се испољава у акту предаје суме новца.⁴ При томе, за одређивање појма новчане обавезе меродавна је, према једном становишту, примарна дужникова обавеза, која непосредно треба да гласи на новац,⁵ што би било уже значење новчаних обавеза.⁶ У ширем значењу, карактер новчане обавезе може да добије свака обавеза, пошто се секундарна дужникова обавеза, односно његова одговорност за повреду преузете обавезе готово код сваке облигације своди или се може свести на новчану накнаду штете.⁷ Уз то, и неуговорна одговорност своди се у највећем броју случајева на новчани дуг.⁸

У сваком случају, основна је одлика новчаних обавеза у томе што се њихов предмет састоји у новцу, с тим што то мора бити важећи (допуштен) новац, тј. новац који је у оптицају, који је правно признат као законско средство плаћања.⁹ Оне су данас најчешће и најзначајније обавезе.¹⁰ Међутим, новчана обавеза је и она која се односи на предају страног новца, уколико је то, у конкретном случају дозвољено.¹¹ С обзиром да је у Србији законско средство плаћања динар, а да се посебним прописима предвиђа и могућност заснивања обавеза које се односе на предају страног новца, може се закључити да се под новчаним обавезама у нашем праву подразумевају све оне обавезе које имају за предмет предају одређене суме динара, као и оне обавезе које се односе на страна средства плаћања, уколико је такво плаћање дозвољено посебним прописима.¹²

Ако је новчана обавеза изражена у иностраној валути (тзв. девизна обавеза), онда се у вези са затезном каматом на такву обавезу јављају озбиљне недоумице, које су биле присутне и у југословенском праву, а задржале су се и у праву Србије

3 Чл. 277. ст. 1. Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, као и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93).

4 Слободан Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1980, стр. 94; Јаков Радишић, нав. дело, стр. 61; Љубиша Милошевић, Облигационо право, Београд, 1982, стр. 41.

5 Слободан Перовић, нав. дело, стр. 94; Јожеф Салма, Облигационо право, Нови Сад, 1999, стр. 145.

6 Лексикон грађанског права, Београд, 1996, стр. 409.

7 Лексикон грађанског права, стр. 409; У том смислу: Јаков Радишић, нав. дело, стр. 61.

8 Јаков Радишић, нав. дело, стр. 61.

9 Слободан Перовић, нав. дело, стр. 94; Оливер Антић, Облигационо право, Београд, 2007, стр. 82.

10 Јаков Радишић, нав. дело, стр. 61.

11 Слободан Перовић, нав. дело, стр. 96.

12 Слободан Перовић, нав. дело, стр. 96.

све до данас. У раду су размотрени правни режим девизних обавеза и уређење затезне камате на такве обавезе, а изложена је и критичка анализа актуелног уређења и праксе у вези са затезном каматом на девизне обавезе и предложена адекватнија решења.

1. Правни режим девизних обавеза

Различита девизна ограничења, која постоје у највећем броју земаља,¹³ односе се у првом реду на имовинске вредности које представљају или лако могу бити претворене у страна средства плаћања. То су стране девизе, племенити метали, стране хартије од вредности, с тим што се девизна ограничења могу односити и на другу имовину, на све потенцијалне изворе девиза.¹⁴ Ипак, страним средствима плаћања се, у смислу Закона о девизном пословању (у даљем тексту: ЗДП),¹⁵ сматрају девизе-потраживања у иностранству која гласе на страну валуту, као и ефективни страни новац-потраживања у готовини, односно папирни или ковани новац који гласи на страну валуту.

Девизна ограничења предвиђају се нормама које наређују или забрањују извршење одређених аката. Те норме су из домена јавног права, код којег се односи успостављају на принципу субординације, што значи да држава може да захтева, под претњом казне, да свако испуни дужност која му је прописана. Забране које садрже девизни прописи могу бити апсолутне, тако да су уговори и акти противни таквој забрани ништави. Ипак, чешће су релативне забране, које не повлаче ништавост, већ само прописану казну, као и оне које се могу отклонити одобрењем, дозволом или сагласношћу надлежног органа.¹⁶

а) Период опште забране уговарања и плаћања у иностранству валути

У југословенском праву су, нарочито у периоду после Другог светског рата, била присутна ригорозна девизна ограничења, при чему је Закон о регулисању платног промета са иностранством 1946. године прописивао неважност правних послова за које није издато овлашћење или одобрење.¹⁷ Ипак се, и у време важења тог закона, правила разлика између издавања девизног одобрења као услова за пуноважност уговора и издавања увозне или извозне дозволе које није

13 Врлета Круљ, *Новац и новчане обавезе у унутрашњем и међународном праву*, Београд, 1973, стр. 193, наводи да су девизна ограничења постала општа појава нарочито после Другог светског рата, али да се у новије време запажа једна несумњива и све већа либерализација таквих ограничења.

14 Врлета Круљ, *нав. дело*, стр. 194.

15 Чл. 2. ст. 1. тач. 5. Закон о девизном пословању („Службени гласник РС“, бр. 62/2006 и 31/2011).

16 Врлета Круљ, *нав. дело*, стр. 195.

17 Чл. 3. Закона о регулисању платног промета са иностранством од 1946. године.

утицало на пуноважност уговора него само на могућност његовог испуњења.¹⁸ За разлику од наведеног, ЗДП од 1972. године,¹⁹ као и касније донети девизни прописи, не садрже општу одредбу о грађанскоправним последицама кршења девизних прописа. Због тога се питање пуноважности правног посла закљученог у супротности са девизним прописима ценило према општим правилима о забрањеним правним пословима, с тим што су се при тој оцени морали узимати у обзир и околности сваког конкретног случаја.²⁰ На основу такве анализе, у случају сваке забране ценило се да ли се она односи на закључење или на могућност реализације правног посла.

Наведени закон од 1946. године био је веома ригорозан и у односу на могућност уговања и плаћања у иностраној валути, јер је изричито забрањивао закључивање свих послова у земљи у злату, као и свих послова који садрже златну или валутну клаузулу.²¹ Та забрана је још прецизније и потпуније била изражена у ЗДП од 1972. године који је, поред изричите забране плаћања и наплаћивања у промету робе и услуга на територији Југославије између домаћих лица и између грађана и страних лица у девизама или злату, изричито забрањивао и послове са златном или валутном клаузулом.²² За разлику од претходног, овај закон остављао је могућност одступања од наведених забрана, али само у случају кад је тим законом или прописом донесеним на основу њега другачије одређено (чл. 12. ст. 1). Уз то, у ставу 2. истог члана је прецизирано да су неважеће само одредбе правног посла које су противне забрани из претходног става, што значи да је правни посао производио правно дејство, с тим што би злато или девизе биле конвертоване у динаре према званичној цени злата односно курсу страних средстава плаћања који су важили у време предузимања

18 Такав став дошао је до изражаја у пресуди Врховног привредног суда Сл. бр. 547/57 од марта 1959. године.

19 Закон о девизном пословању („Службени лист СФРЈ“, бр. 36/72)

20 На пример: шта је законодавац прописивањем забране хтео да постигне, да ли је забрана упућена једној или обема странама у правном послу, да ли је захтевано одобрење битан услов правног посла и др.

21 Чл. 4. Закона о регулисању платног промета са иностранством: „Забрањено је закључивање свих послова у земљи у злату, као и свих послова којима би се износ обавезе у домаћем новцу везивао за злато или неку страну валуту“.

22 Чл. 12. ст. 1. ЗДП од 1972. године гласи: „Забрањено је плаћање и наплаћивање у промету робе и услуга на територији Југославије између домаћих лица и између грађана и страних лица у девизама или злату, као и закључивање послова којима се одређује да ће се динарска вредност уговорне обавезе израчунати на основу цене злата или курса динара у време плаћања, ако овим законом или прописом донесеним на основу њега није друкчије одређено.

правног посла.²³ Интересантно је да је такво решење било усвојено и у ЗОО,²⁴ тако да је њиме била значајно релативизована, па чак и суспендована наведена забрана.²⁵ На крају, осим ако тим или другим савезним прописом није друкчије одређено, изричито је забрањивао плаћање и наплаћивање у девизама или у злату у Југославији и ЗДП од 1985. године.²⁶

Забрана уговарања и плаћања у иностраној валути била је на снази све до 31.12.1991. године, када је сходно извршеним изменама и допунама наведеног закона брисана,²⁷ јер се није показала као прикладно решење. Брисањем те забране отклоњене су и све недоумице у вези са важењем правног посла који је имао за предмет страна средства плаћања. Такав правни посао био је пуноважан, али није увек био пуноважан и начин његовог извршења, тако да се, у случају недопуштене исплате у девизама, исплата вршила у динарима. Међутим, и после укидања забране уговарања и плаћања у иностраној валути, девизе су се могле користити само за плаћање у иностранству.²⁸

б) Период без опште забране уговарања и плаћања у иностраној валути

Шира могућност да се девизе користе и за плаћање у земљи јавља се тек доношењем ЗДП од 1995. године.²⁹ Овај закон, полазећи од правила да се плаћање, наплаћивање, пренос и исплата у земљи врши у динарима,³⁰ прописује и изузетке у којима се плаћање, наплаћивање, пренос и исплата могу вршити у девизама,³¹ што је значило да је и даље било забрањено плаћање, наплаћивање, пренос и исплата у девизама у свим случајевима који су изван круга законом допуштених изузетака. Међутим, у свим тим забрањеним случајевима дужник је могао извршити девизну обавезу исплатом њене динарске противвредности, с тим

23 Врлета Круљ, нав. дело, стр. 91-92.

24 Чл. 395. ЗОО (пре измена и допуна од 1993. године): "Ако новчана обавеза противно посебном савезном закону гласи на плаћање у злату или у некој иностраној валути, њено испуњење се може захтевати само у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе."

25 Драгиша Слијепчевић, Конверзија девизног у динарско потраживање и право на затезну камату, Правни информатор, бр. 5/2006, стр. 65.

26 Чл. 4. Закона о девизном пословању од 1985. године („Службени лист СФРЈ“, бр. 66/85, 71/86, 3/88, 85/89, 82/90. и 96/91, као и „Службени лист СРЈ“, бр. 27/92, 6/93, 50/93, 24/94 и 79/94).

27 Закон о изменама и допунама девизног закона од 1985. године („Службени лист СФРЈ“, бр. 96/91).

28 Чл. 5. ЗДП од 1985. године.

29 Закон о девизном пословању („Службени лист СРЈ“, бр. 12/95, 29/97, 44/99, 74/99 и 73/00).

30 Чл. 4. ст. 1. ЗДП од 1995. године.

31 Реч је о изузетцима који су таксативно предвиђени ставом 2. и 3. члана 4. ЗДП од 1995. године.

што, после измена и допуна ЗОО од 1993. године,³² то више није била динарска противвредност према курсу у време настанка, већ динарска противвредност „према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе“.³³

По угледу на ЗДП од 1995. године, општу забрану уговарања и плаћања у иностранству валути не садржи ни касније донети,³⁴ као ни актуелни ЗДП од 2006. године. И они полазе од принципијелног опредељења да се плаћање, наплаћивање и пренос између резидената и нерезидената у Србији врши у динарима.³⁵ Међутим, у односу на наведено опредељење, ЗДП од 2006. године предвиђа изузетке који су, у односу на оне који су били предвиђени у претходним законима, знатно бројнији. У ставу 2. члана 34. предвиђа се, најпре, једна већа скупина изузетака,³⁶ која је допуњена изузецима који су предвиђени

32 Чл. 36. Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима („Службени лист СРЈ“, бр. 31/93), којим је измењен чл. 395.

33 С обзиром да је раније постојала велика разлика између званичног (принудног) и незваничног („црног“) курса стране валуте, тачком III Закључка бр. 1/93 са Саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Републике Црне горе, Вишег привредног суда и Привредног суда у Београду предвиђа се да ће суд „дужника обавезати на исплату динарске вредности стране валуте по најповољнијем курсу по коме пословне банке у месту плаћања на дан исплате откупљују ефективну страну валуту“ (Збирка судских одлука, књ. 16, 17. и 18, св. I-III, Београд, 1995, стр. 43-46).

34 Закон о девизном пословању („Службени лист СРЈ“, бр. 23/02, 34/02, као и „Службени гласник РС“, бр. 101/05).

35 Чл. 34. ст. 1. ЗДП од 2006. године.

36 Према тој законској одредби „плаћање, наплаћивање и пренос у Републици могу се вршити и у девизама по основу: 1) девизног кредитирања у земљи за намане из члана 25. овог закона; 2) куповине потраживања и преузимање дуговања из чл. 7. и 20. овог закона-на основу уговора; 3) уплате депозита као средства обезбеђења; 4) премија осигурања и преноса по основу животних осигурања; 5) продаје и давања у закуп непокретности; 6) донација у хуманитарне, научне и културне сврхе, у складу са прописима којима се уређују донације; 7) банкарске гаранције уколико је та гаранција услов реализације основног посла који се у Републици може вршити у девизама; 8) накнаде трошкова за службени пут у иностранство, која се може извршити и у ефективном новцу; 9) уплате зарада запосленима у дипломатско-конзуларним представништвима, организацијама у саставу УН и међународним финансијским организацијама у Републици“.

у ставу 3,³⁷ 4,³⁸ 5.³⁹ и 6.⁴⁰ Уз све те изузетке, посебно се предвиђа да Народна банка Србије одређује „у којим случајевима и под којим условима се плаћање, наплаћивање, уплате и исплате могу вршити и у ефективном страном новцу“.⁴¹ На крају, изричито се прописује да је дозвољено уговарање у девизама, с тим да се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима.⁴² Тиме је, с једне стране, легализована ранија судска пракса у вези са забрањеним девизним обавезама, а с друге стране, актуелни ЗДП је усклађен са ЗОО.

С обзиром на изложено, плаћање, наплаћивање или пренос између резидената и између резидената и нерезидената у девизама су у српском праву дозвољени само у законом предвиђеним случајевима, а изван тог круга су недопуштени. Али, и у случају кад су недопуштени, плаћање, наплаћивање и пренос у девизама не повлачи никакве грађанскоправне последице,⁴³ већ само одговорност за прекршај, која је санкционисана одговарајућом новчаном казном.⁴⁴ С друге стране, уговарање у девизама је дозвољено у свим случајевима, с тим да се плаћање и наплаћивање врши у динарима према курсу који важи и тренутку испуњења обавезе.

2. Затезна камата на девизне обавезе

Затезна камата на девизне обавезе није била целовито уређена ни у ранијем, нити је целовито уређена у актуелном српском праву, тако да је изазивала, а и данас изазива, озбиљне недоумице. Оне су у мањој мери биле присутне у

37 „Плаћање, наплаћивање и пренос могу се вршити и у девизама по основу програма и пројеката који се финансирају из развојне помоћи Европске уније у којима учествује Република, при чему средства могу бити прослеђивана до уговарача, односно корисника и пројектних партнера у складу са одговарајућим уговором за спровођење активности на основу развојне помоћи Европске уније“.

38 „Банка може по налогу нерезидента-купца робе или услуге, коме одобрава робни кредит, вршити у Републици плаћање у девизама резиденту-продавцу те робе или пружаоцу услуге у спољнопреговинском промету“.

39 „Плаћање, наплаћивање и пренос у Републици могу се вршити и у девизама по пословима који су уређени законима који уређују тржиште хартија од вредности и других финансијских инструмената и осигурање депозита, као и у другим случајевима прописаним законом“.

40 „Банка на захтев резидента може вршити пренос средстава у девизама са девизног рачуна тог резидента на његов девизни рачун код друге банке“.

41 Чл. 34. ст. 8. ЗДП од 2006. године.

42 Чл. 34. ст. 7. ЗДП од 2006. године.

43 Уговор на основу којег је извршено такво плаћање, наплаћивање или пренос није ништав, јер закон у том случају прописује другу санкцију (чл. 103. ст. 1. Закона о облигационим односима).

44 В. чл. 59. тач. 71. и 72. ЗДП од 2006. године; чл. 61. тач. 33. и 34. ЗДП од 2006. године; чл. 62. тач. 20. и 21. ЗДП од 2006. године.

периоду до доношења Закона о висини стопе затезне камате (у даљем тексту: ЗВСЗК) од 1993. године, задржале су се и у периоду после његовог доношења, а посебно су изражене доношењем сада важећег ЗВСЗК од 2001. године.⁴⁵

а) Период пре доношења Закона о висини стопе затезне камате од 1993. године

Све док је била на снази забрана плаћања у иностраној валути, питање затезне камате на девизне обавезе се није постављало, нити је било посебно регулисано. Поверилац девизног потраживања, чије је плаћање у иностраној валути било забрањено, могао је чак и пре, а нарочито после доношења ЗОО, да захтева испуњење дужникове обавезе у домаћем новцу према курсу на дан настанка обавезе. У свим тим случајевима дужник је могао да се обавезе само на исплату затезне камате која је била прописана за динарске обавезе.

Забрана плаћања у иностраној валути односила се само на плаћања у земљи, што значи да су се девизе могле користити за плаћање у иностранству. Најчешће су то чинили југословенски привредни субјекти испуњавајући своје обавезе према страним фирмама. Ако је у случају повреде девизне обавезе од стране југословенског привредног субјекта дошло до спора пред југословенским судом, питање затезне камате све до појаве инфлације није било спорно. Стопа затезне камате на динарске обавезе између привредних субјеката била је релативно ниска и судови су, по свему судећи, ту исту стопу примењивали и на девизне обавезе.

Са појавом инфлације почетком осамдесетих година прошлога века, као и са драстичним порастом стопе затезне камате која се примењивала у односима између привредних субјеката,⁴⁶ реаговали су највиши судови. Наиме, на седници представника одељења за привредне спорове врховних судова, која је од 6-8. јуна 1983. године одржана у Новом Саду, заузето је следеће становиште: „Када је дужник домаћа организација која обавља привредну делатност, а поверилац страна фирма која потражује девизни дуг, у спору пред југословенским судом, дужник у случају доцње плаћа затезну камату од 8%, а не по Одлуци,⁴⁷ јер се она односи само на плаћања у доцњи динарским средствима“.⁴⁸ Ово становиште

⁴⁵ Закон о висини стопе затезне камате од 2.03.2001. године, ступио на снагу 3.03.2001. године („Службени лист СРЈ“, бр. 9/01, као и „Службени гласник РС“, бр. 31/11.

⁴⁶ Љиљана Поповић, Затезна камата на износ неисплаћене камате, Правна пракса, Правни живот, бр. 4/88, стр. 77, даје табеларни преглед стопе затезне камате почев од 17.04.1982. године, као дана ступања на снагу Одлуке о висини стопе затезне камате („Службени лист СФРЈ“, бр. 10/82), до 1.05.1988. године, који показује да се она кретала од 25% до 175,5% годишње.

⁴⁷ Ради се о Одлуци о висини стопе затезне камате коју је, на основу одредбе из чл. 277. ст. 2. Закона о облигационим односима од 1978. године, донело Савезно извршно веће.

⁴⁸ Касније је уследила и реакција Савезног извршног већа које је Одлуку о висини стопе затезне камате изменило и допунило одредбом да се она „не односи на доспеле а неизмирене

убрзо је модификовано,⁴⁹ а потом напуштено и замењено начелним ставом по коме се затезна камата обрачунава по стопи утврђеној међубанкарским споразумом за подручје СФРЈ, на штедне улоге по виђењу, одговарајуће стране валуте.⁵⁰

б) Период после доношења Закона о висини стопе затезне камате од 1993. године

Затезна камата на девизна потраживања правно је уређена тек доношењем ЗВСЗК од 1993. године.⁵¹ Тим законом је, као изузетак од општег правила, било прописано (чл. 2) да се „на потраживања између домаћих и страних физичких и правних лица која гласе на плаћање у иностраној валути, затезна камата (се) плаћа по стопи од 6% годишње“. Такво решење било је у складу са тада важећим ЗДП од 1985. године, чијим изменама и допунама од 1991. године је брисана забрана плаћања у иностраној валути, али се оно још увек могло вршити само у иностранству, односно само у односима између домаћих и страних физичких и правних лица.

У овом периоду је измењен и положај повериоца девизног потраживања чија наплата у девизама није била дозвољена. Он је могао да захтева наплату тог потраживања у динарима по курсу који важи у тренутку испуњења обавезе,⁵² с тим што је судска пракса заузела став да такав поверилац има право само на домицилну камату у динарској противвредности.⁵³ У прилог таквом ставу судске праксе наводи се потреба да се онемогући двострука валоризације повериоцевог потраживања,⁵⁴ које је најпре валоризовано према стопи раста стране валута, а затим би поново било валоризовано према стопи раста цена на мало, која се узима у обзир при обрачуну затезне камате на динарско потраживање. У том смислу се и у образложењу пресуде Врховног суда Србије Рев. 7192/98 од

девизне обавезе произашле из уговора са иностранством“. („Службени лист СФРЈ“, бр. 15/85).

49 На састанку представника привредних судова одржаног 21-23. маја 1984. године усвојен је правни став да се на сва потраживања изражена у иностраној валути плаћа затезна камата по стопи од 8% годишње.

50 Начелни став је усвојен на XX координационом састанку виших привредних судова, привредних одељења врховних судова република и покрајина и судова удруженог рада Босне и Херцеговине и Војводине одржаном од 10-12. јуна 1987. године; Тај став изражен је и у одлуци Вишег привредног суда Србије Пж-386/88 од 2. фебруара 1988. године (Судска пракса, бр. 5/88, стр. 40).

51 Закон о висини стопе затезне камате („Службени лист СРЈ“, бр. 32/93, 24/94 и 28/96).

52 Чл. 36. Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима од 1993. године.

53 Предраг Трифуновић, Затезна камата – нека спорна питања, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3, Београд, 2004, стр. 284; Јелена Боровац, Камате у судској пракси, Уговорна одговорност и накнада штете, зборник радова, Београд, 2009, стр. 145.

54 Драгиша Слијепчевић, нав. дело, стр. 10.

4.03.1999. године наводи: „ако би се на девизно потраживање досудила затезна камата у коју је уграђен фактор раста цена на мало дошло би до обogaћења без основа повериоца, јер у начелу девизни курсеви прате раст трошкова живота“.

Проблем затезне камате на девизно потраживање се посебно актуелизује ЗДП од 1995. године, јер се од доношења тог закона стално повећава број случајева у којима се плаћање у земљи може вршити у девизама. Међутим, законска одредба којом је била прописана стопа затезне камате од 6% није могла да се примењује на сва девизна потраживања, јер је њена примена била ограничена на девизна потраживања између домаћих и страних физичких и правних лица, што значи да су изван њеног домашаја примене остала сва девизна потраживања између домаћих физичких и правних лица.

Правну празнину која је настала у вези са девизним потраживањима између домаћих физичких и правних лица судови су временом почели да попуњавају применом тзв. домицилне каматне стопе. То није била каматна стопа која се непосредно примењивала у земљи из које потиче конкретна девиза, већ каматна стопа која је, на основу одговарајућих прописа, одређивана од стране домаћих правних субјеката, уз коришћење каматних стопа из земље из које потиче девизна валута.⁵⁵ Домицилне камате су се, најпре, јавиле у вези са каматним стопама на девизне рачуне и девизне штедне улоге,⁵⁶ али су се предвиђале и у другим случајевима. За одређивање стопе затезне камате судови су ослонац налазили у Одлуци о утврђивању камате коју овлашћена банка плаћа на девизе на девизним рачунима и девизним штедним улозима од 13.04.1993. године,⁵⁷ с тим што су за стопу затезне камате узимали стопу одговарајуће домицилне камате која је била утврђена за штедне улоге по виђењу.⁵⁸ Народна банка Југославије, која је утврђивала тромесечне листе домицилних каматних стопа и о томе обавештавала овлашћене банке, последњу такву листу утврдила је марта 1996. године и она се примењивала у 1996. и у 1997. години. Крај домицилних камата дошао је тек 1.01.1998. године,⁵⁹ када је донет Закон о измирењу обавеза по основу

⁵⁵ Јелена Боровац, нав. дело, стр. 142.

⁵⁶ Домицилне камате се по први пут предвиђају чл. 21. Самоуправног споразума о измени и допуни Самоуправног споразума банака о политици каматних стопа Удружења банака Југославије, који је усвојен на седници Извршног одбора овог удружења 18.06.1986. године (важио је од 1.07.1986. до 13.04.1993. године).

⁵⁷ „Службени лист СРЈ“, бр. 20/93; Текст Одлуке коју је донео Савет гувернера Народне банке Југославије гласи: „1. Каматне стопе на девизе на девизним рачунима и девизним штедним улозима код овлашћених банака утврђују се на нивоу годишњих домицилних камата валута које су положене на девизне рачуне, односно девизне штедне улоге, увећаних за највише два процентна поена, на годишњем нивоу. 2. Народна банка Југославије утврђује тромесечно каматне стопе из тачке 1. ове одлуке и о томе обавештава овлашћене банке. 3. Ова одлука ступа на снагу наредног дана од дана објављивања у Службеном листу СРЈ.“

⁵⁸ Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 284.

⁵⁹ Јелена Боровац, нав. дело, стр. 143-144.

девизне штедње грађана.⁶⁰ Тим законом су дотадашњи банкарски депозити за које је утврђивана домицилна камата претворени у јавни дуг Савезне Републике Југославије за који је прописана камата од 2% годишње, без обзира на рочност. Према томе, пошто су претварањем у јавни дуг нестали банкарски депозити за које је утврђивана, логично је да је са њима нестала и домицилна камата.

в) Период после доношења Закона о висини стопе затезне камате од 2001. године

Актуелни ЗВСЗК од 2001. године, за разлику од претходног, не садржи посебну одредбу о стопи затезне камате на девизна потраживања, тако да од његовог ступања на снагу у домену затезне камате на девизна потраживања постоји потпуна правна празнина, јер то питање није регулисано ни једним позитивним прописом.

Иако је престала да постоји од 1.01.1998. године, домицилна камата се у вези са одређивањем стопе затезне камате у судској пракси толико укоренила, да су судови и после 1.01.1998. године повериоцима девизних потраживања досуђивали затезну камату према стопи одговарајуће домицилне камате. Штавише, судови су од 3.3.2001. године, као дана ступања на снагу ЗВСЗК од 2001. године, почели да примењују домицилну камату и на потраживања у иностраној валути између домаћих и страних физичких и правних лица, јер тим законом уопште није предвиђена посебна одредба о стопи затезне камате на потраживања у иностраној валути. У том смислу је и правни став Вишег трговинског суда у којем се изричито наводи да је судска пракса, у односу на девизна потраживања од 3.03.2001. године, „заузела становиште да је стопа затезне камате у висини домицилне каматне стопе земље порекла валуте, односно да је затезна камата идентична као и на потраживања између домаћих лица, ако се иста односе на страну валуту“.⁶¹

Становиште судске праксе о домицилној камати као врсти затезне камате, које је она заступала не само после 1.01.1998. године, већ и после увођења евра, оцењено је као оправдано.⁶² Чак се и за изреку судске одлуке у којој су се судови позивали само на домицилну камату, без навођења њене стопе, сматрало да је одредива и разумљива, јер су извршни судови, у време кад је Народна банка Југославије утврђивала домицилне камате, лако обрачунавали затезну камату.⁶³ Међутим, проблем утврђивања домицилне камате, тј. каматне стопе према

⁶⁰ „Службени лист СРЈ“, бр. 59/98.

⁶¹ Правни став Вишег трговинског суда изражен кроз одговор на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове, одржаној 27. септембра 2004. године, Судска пракса трговинских судова-Часопис за привредно право, бр. 3/04, стр. 121.

⁶² Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 286.

⁶³ Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 284, управо за домицилну камату из тог периода наводи да се „није изражавала у проценту већ се утврђивала приликом принудног извршења

земљи порекла валуте, после 1.01.1998. године за извршне судове уопште није био једноставан, јер домицилна камата није ни јединствена, ни прецизно одређена или прописана, а уз то, извршним судовима нису доступни ни прописи земаља Европске уније и других држава, као ни одговарајући статистички подаци. Због тога је тешко претпоставити да се, и у време кад је као правна категорија из нашег права нестала, домицилна камата могла утврђивати приликом принудног извршавања одлука.⁶⁴ Таква могућност се, међутим, не искључује,⁶⁵ али се чини да је много логичније и оправданије да се, када се досуђивала после 1.01.1998. године, утврђивањем стопе домицилне камате баве парнични судови, који се при томе могу ослањати и на налазе и мишљења вештака.

Увођењем евра 1. јануара 2002. године, као заједничке валуте земаља Европске Уније, јавља се и проблем затезне камате на потраживања која су изражена у еврима. Став о домицилној камати, као врсти затезне камате, који су судови наставили да примењују и после увођења евра,⁶⁶ убрзо се показао као неприменљив. Он се не може применити на земље Европске Уније (не постоји једна већ више земаља порекла ове валуте),⁶⁷ а уз то таква камата не постоји.⁶⁸ Због тога је наша судска пракса временом стала на становиште да затезна камата на потраживање изражено у еврима од 1. јануара 2002. године треба да буде „по стопи коју Европска централна банка (у даљем тексту: ЕЦБ) прописује за евра, јер не постоји земља домицила наведене валуте, већ је, с обзиром да се ради о више земаља које имају заједничку валуту, једино могуће и оправдано као важећу каматну стопу обрачунати стопу Централне-заједничке банке наведених

судске одлуке“, односно да су „извршни судови висину домицилних камата добијали од Народне банке“.

64 Милена Милутиновић, Каматна стопа због доцње у извршењу новчане обавезе, Правни живот, бр. 11/05, стр. 572, сматра да се и после 2.03.2001. године домицилна камата утврђивала приликом принудног извршења одлуке, јер су извршни судови висину домицилних камата добијали од Народне банке.

65 Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 286-287, сматра да позивање судова на домицилну камату и после 1.01.1998. године чини изреку судске одлуке одредивом и разумљивом, тако да извршни судови треба да, „у недостатку прописа о начину утврђивању домицилних камата као и до сада од Народне банке Србије траже извештаје о домицилним каматама које постоје на међубанкарском тржишту и то у односу на краткорочне штедне улоге по виђењу“.

66 Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 286, сматра да је став о домицилној камати као врсти затезне камате оправдан и после увођења евра.

67 Милена Милутиновић, нав. дело, стр. 572; Јелена Боровац, нав. дело, стр. 145; То је и правни став Вишег трговинског суда кроз одговор на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове, одржаној 27. септембра 2004. године, Судска пракса трговинских судова-Часопис за привредно право, бр. 3/04, стр. 121-122.

68 Јелена Боровац, нав. дело, стр. 145.

земаља за означену валуту“.⁶⁹ Утврђујући такав правни став Виши трговински суд констатује да „не постоји законски пропис који изричито прописује висину стопе затезне камате на дуговања у еврима“, као и да је наведени правни став заузет на основу анализе постојећих прописа и њихове аналогне примене на новонасталу ситуацију проузроковану увођењем евра као јединствене европске валуте.

У примени наведеног правног става судови су, најпре, досуђивали затезну камату у висини есконтне стопе коју одређује ЕЦБ. Међутим, пракса принудне наплате је убрзо показала да су одлуке које се позивају на есконтну стопу ЕЦБ неизвршиве, јер се есконтна стопа ЕЦБ не објављује па је изрека судских одлука које су гласиле на исплату затезне камате по наведеној стопи ЕЦБ биле неодређена.⁷⁰ То је и био разлог због којег су поједини судови у једном тренутку почели да се враћају на домицилну камату,⁷¹ чиме су есконтну стопу ЕЦБ, која се не објављује, замењивали домицилном каматом која се не може применити на земље Европске уније и која као таква не постоји.

Напред наведено показује да став Вишег трговинског суда о „затезној камати по стопи коју ЕЦБ прописује за евро“ није довољно прецизан и да се у пракси јављају потешкоће у вези са његовом применом.⁷² Због тога су трговински судови октобра 2007. године Вишем трговинском суду поставили ново питање у вези са висином и врстом камате на новчана потраживања у еврима.⁷³ У одговору Вишег трговинског суда наводи се да његов правни став од 27.09.2004. године о затезној камати по стопи коју ЕЦБ прописује за евро и даље важи, као и да исти став примењује и Врховни суд Србије.⁷⁴ У наставку свог одговора Виши трговински суд закључује:

69 Правни став Вишег трговинског суда изражен кроз одговор на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове, одржаној 27. септембра 2004. године, Судска пракса трговинских судова-Часопис за привредно право, бр. 3/04, стр. 121-122.

70 Милена Милутиновић, нав. дело, стр. 572.

71 Пресудом Окружног суда у Новом Саду бр. Гж. 2092/08 од 30.10.2008. године делимично је уважена жалба тужених изјављених против пресуде Општинског суда у Новом Саду бр. П. 5248/07 од 24.09.2007. године тако што ју је преиначио у делу досуђене камате за период од 1.01.2002. године па до исплате. Наиме, на досуђени износ главнице уместо камате у висини есконтне стопе Европске централне банке, Окружни суд је досудио домицилну камату.

72 Маја Станивуковић, Стопа затезне камате на уговорна потраживања у иностраној валути, Правни живот, бр. 12/08, стр. 221.

73 Питање и одговор на питање који је утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда, одрженој дана 25.10.2007. године, Судска пракса трговинских судова, Билтен, бр. 3/07.

74 У одговору се прецизира да то „није есконтна каматна стопа и није домицилна каматна стопа и треба је разликовати од EURIBORA (EUROPEAN INTERBANK FEDERATE), која се формира на међубанкарском тржишту унутар ЕУ зоне и EUROLIBOR, која се примењује

„Према томе, правилно је досудити на потраживање у еврима камату по стопи коју одређује Европска централна банка почев од 1.01.2002. године, а уколико се на потраживање у еврима тражи домицилна камата или есконтна каматна стопа ЕЦБ, које не постоје, тада треба поћи од тога да су одредбе о камати императивне природе, те да се код одлучивања о камати ради о правилној примени материјалног права. За досуђивање камате довољно је истаћи захтев за камату и одредити датум од када иста тече, а начин обрачуна камате и висину стопе одређују прописи императивне природе. Другим речима, ако се тражи домицилна камата на евре или камата по есконтној стопи ЕЦБ на евре, које не постоје, треба досудити камату по стопи коју одређује ЕЦБ, и тиме неће доћи до прекораћења тужбеног захтева. Ако другостепени суд у овом делу преиначи првостепену пресуду због неправилног означања камате на евре, такође неће доћи до прекораћења тужбених захтева. Да је то тако потврђује и правно схватање изнето у пресуди Врховног суда Србије Прев.228/06 од 29.11.2006. године.“

Као што се види, у недостатку позитивних прописа, а у складу са усвојеним ставовима судске праксе, стопа затезне камате на страну валуту је у висини домицилне каматне стопе земље порекла валуте, осим у случају евра, где је стопа затезне камате у висини стопе коју ЕЦБ прописује за евра.

3. Критика постојећег и предлози за адекватније уређење затезне камате на девизне обавезе

Изложени ставови судске праксе у вези са затезном каматом на девизна потраживања нити су отклонили све проблеме, нити садрже адекватно решење.

Утврђивање затезне камате на девизне обавезе које нису изражене у еврима представља за судове један веома тежак задатак, јер у погледу домицилне камате од 1.01.1998. године у нашем праву постоји једна потпуна правна празнина. Народна банка Југославије престала је да утврђује домицилне камате, а Народна банка Србије то никада није ни чинила. Уз то, стопа домицилних камата званично се не објављује, нити је прописан начин њиховог утврђивања.⁷⁵ У таквој ситуацији повериоци и дужници најчешће унапред не знају стопу домицилне камате, судови немају неки чвршћи ослонац у вези са њеним утврђивањем, а и сами вештаци у сличним случајевима често поступају различито. Све су то ситуације у којима се правна сигурност веома озбиљно доводи у питање.

Проблеми који доводе у питање правну сигурност, јављају се и код утврђивања стопе коју ЕЦБ прописује за потраживања изражена у еврима.

на евротржишту за трговање валутама које се промећу изван монетарног простора, а на које се неће односити прописи Европске Централне банке.

⁷⁵ Маја Станивуковић, нав. дело, стр. 230, у том смислу, наводи да је домицилна камата недефинисана.

Наиме, ЕЦБ почев од 1.01.1999. године одређује три основне каматне стопе за евра,⁷⁶ али не постоји ни став судске праксе, ни конкретно упутство Народне банке Србије, која би од тих стопа одговарала улози коју има затезна камата. У таквим условима ни судови нису у могућности да вештацима поставе конкретан задатак, тако да им препуштају избор каматне стопе ЕЦБ коју ће применити у сваком конкретном случају.⁷⁷ Због свега тога се може десити да у једном истом периоду, за исти главни дуг, камата која се обрачунава на евре буде различита.

С друге стране, висина стопе домицилне камате, као и висина стопа које одређује ЕЦБ, по свему судећи, својом висином, нису подесне за остваривање свих функција које има затезна камата. Домицилна камата не само што се одређује према пасивним банкарским каматама, које су знатно ниже од активних, него се одређује и према најнижим пасивним банкарским каматама, тј. према каматама на депозите по виђењу у земљи из које потиче валута.⁷⁸ Иста примедба се односи и на висину каматних стопа које одређује ЕЦБ. С обзиром да се непосредно примењују само на пословање између банака, оне су веома ниске, тако да само својим незнатним делом премашују стопу инфлације, а у вези са затезном каматом се користе само као основа за одређивање њене стопе.⁷⁹ У том смислу се и у правној теорији констатује да и „упоредноправни подаци указују да је стопа затезне камате на потраживања изражена у страниој валути, онако како је данас одређена у судској пракси српских судова у недостатку материјалноправног извора који би је изричито регулисао, сувише ниска“.⁸⁰ Таквом стопом затезне камате остварује се ревалоризациона и најминималнија компензациона, али се не остварује никаква превентивна (казнена) функција затезне камате, којом се дужник стимулише да благовремено испуни своју обавезу. Због тога ће за дужника који треба да плати затезну камату према стопи домицилне камате или према референтној стопи ЕЦБ, бити „веома исплативо да сачека са испуњењем обавезе“, јер ће плаћање домицилне или референтне каматне стопе на задоцнелу обавезу за њега бити „вид јефтиног краткорочног

76 То су: каматна стопа на главне послове рефинансирања (Main Refinancing Operations), каматна стопа на депозите (Deposit Facility) и каматна стопа на позајмице (Marginal Lending Facility). Прва обезбеђује главни део ликвидности банкарског система, друга се примењује на дневне депозите банака у Евросистему а трећа на дневне позајмице банака из Евросистема. Каматна стопа на главне послове рефинансирања је по висини између каматне стопе на депозите која је најнижа и каматне стопе на позајмице која је највиша.

77 Јелена Боровац, нав. дело, стр. 144.

78 Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 284.

79 Каматна стопа на главне послове рефинансирања користи се као референтна каматна стопа (main refinancing rate) за одређивање стопе затезне камате у Директиви Европске Уније о борби против доцње у плаћању у трговинским пословима (Directive 2000/35 of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, OJ L200). Ступила је на снагу 8. августа 2002. године.

80 Маја Станивуковић, нав. дело, стр. 230.

кредита“.⁸¹ Уосталом, у прилог тезе да је затезна камата на девизне обавезе према изложеним ставовима Вишег трговинског суда сувише ниска, говоре и бројни захтеви поверилаца који су, конвертујући девизно потраживање у динаре у тренутку који су сами одабрали, покушавали да од дана конверзије остваре затезну камату која је прописана за динарска потраживања.⁸² Из обрачуна који су достављани уз захтеве јасно се види да је укупна затезна камата на динарску противредност девиза била много већа од динарске противредности девиза са припадајућом девизном каматом.⁸³

Правна теорија је, уочавајући проблеме који се јављају у вези са затезном каматом на девизна потраживања, указивала и на могућа решења. Према једном,⁸⁴ које се искључиво ослања на актуелни ЗВСЗК од 2001. године (чл. 2. ст. 1. тач. 2), повериоцима девизног потраживања од 3.03.2001. године (као дана ступања на снагу тог закона) до исплате треба да припадне „само реална каматна стопа од 0,5% месечно“, тј. „само камата у висини фиксне стопе од 0,5% месечно“. У прилиг том ставу наводи се и одредба истог закона (чл. 3. ст. 3) која прописује да за месец за који је стопа раста цена на мало једнака нули или је негативна, месечна стопа затезне камате треба да буде једнака фиксној стопи од 0,5% месечно. Међутим, ово решење засновано је на погрешној претпоставци да се девизна потраживања не обезвређују, а оправдано му се замера и да је тако одређена стопа затезне камате, која на годишњем нивоу износи приближно 6%, превише ниска.⁸⁵ За разлику од претходног, друго решење засновано је на ставу да затезна камата треба да има две компоненте: ревалоризациону и казнену и/или компензациону. Оне су дошле до изражаја у актуелном ЗВСЗК када је у питању затезна камата на потраживања у динарима и слична формула предлаже се и за обрачун затезне камате на девизна потраживања. Према овом решењу,⁸⁶ које је веома аргументовано, примерено и веома усклађено са правом Европске Уније, потребно је сабрати есконтну или референтну каматну стопу у земљи валуте у којој је дуг изражен са фиксном стопом од 6% годишње да би се добио одговарајући проценат камате на годишњем нивоу. Осим што обезбеђује стопу затезне камате која је одговарајућа, ово решење је и много једноставније, јер се обрачун затезне камате обавља применом простог каматног рачуна, што искључује плаћање камате на камату. Наведени предлози, нажалост, нису наишли ни на какав одјек ни код судске, ни код арбитражне праксе, а нису

81 Маја Станивуковић, нав. дело, стр. 231.

82 О томе детаљније: Драгиша Слијепчевић, нав. дело, стр. 2-7; Предраг Трифуновић, нав. дело, стр. 284-286; Јелена Боровац, нав. дело, стр. 146-147.

83 Јелена Боровац, нав. дело, стр. 147.

84 Драгиша Слијепчевић, нав. дело, стр. 10.

85 Маја Станивуковић, нав. дело, стр. 230.

86 Маја Станивуковић, нав. дело, стр. 230-232.

подстакли ни законодавца да питање затезне камате на девизна потраживања коначно правно уреди.

С обзиром на изложено, чини се да је, заиста, крајње време да се, веома изражена правна несигурност која у вези са затезном каматом на девизна потраживања траје већ више од једне деценије, прекрати прописом којим би затезна камата на девизна потраживања била адекватно регулисана. Претпоставља се, наравно, с обзиром на „европски пут“ за који се Србија определила, да законско решење треба да буде усклађено са Европском директивом о борби против доцње у плаћању у трговинским пословима, према којој се затезна камата на евре обрачунава по стопи која се састоји из референтне каматне стопе ЕЦБ која се увећава за најмање седам процентних поена. Аналогно решење важило би и за остале валуте, јер свака земља има есконтну или референтну каматну стопу коју утврђује њена централна банка или друга слична институција. Та стопа представљала би полазну основу на коју би се додавало још седам процентних поена, како би се обрачунала затезна камата на потраживање изражено у тој валути. Како се наведена европска директива односи само на доцњу у плаћању у трговинским пословима, српском законодавцу остаје да се определи за јединствену стопу затезне камате, што је и његово садашње опредељење, или за двојну стопу затезне камате, што би требало да буде његово будуће опредељење. Наиме, с обзиром да доцња у испуњењу новчане обавезе изазива много теже последице у трговинским пословима, тј. у пословима између трговаца и трговаца и органа јавних власти, логично је и правично да стопа затезне камате у таквим пословима буде већа од стопе која би се примењивала у осталим случајевима.

Резиме

Југословенско право је, у једном дужем периоду после Другог светског рата, забрањивало да се у земљи уговара и плаћа у иностраној валути. Такву забрану оно напушта тек 1991. године, с тим што је забрана послова са девизном или златном клаузулом још раније била релативизирана Законом о облигационим односима из 1978. године. Сви каснији девизни прописи предвиђају динар као законско средство плаћања, али се од тог принципијелног опредељења редовно предвиђа и један број случајева у којима је дозвољено уговарање и плаћање у иностраној валути. Ти изузетци најбројнији су у актуелном Закону о девизном пословању, који на општи начин допушта и валутне клаузуле.

Затезна камата на девизне обавезе правно се уређује тек доношењем Закона о висини стопе затезне камате од 1993. године. Тим законом је била предвиђена само стопа затезне камате за девизна потраживања између домаћих и страних физичких и правних лица, док је на остала девизна потраживања примењиван став судске праксе о домицилној камати земље порекла валуте. Актуелни Закон о висини стопе затезне камате од 2001. године уопште не предвиђа стопу затезне камате на девизна потраживања, тако да ту правну

Проф. др Ђорђе Л. Николић

празнину судска пракса попуњава ставом о примени домицилне камате, односно каматне стопе коју одређује Европска централна банка, ако се ради о потраживањима која су изражена у еврима. С обзиром да се оба става судске праксе оцењују као неадекватна, предлаже се законско уређење стопе затезне камате на девизна потраживања које би било усклађено са решењем које је усвојено у праву Европске уније.

Prof. Đorđe L. Nikolić, LL.D.

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

Default Interest on Foreign Currency Liabilities

Summary

In this paper, the author deals with issues pertaining to the default interest on foreign currency liabilities as envisaged in the legislation of the former SR Yugoslavia and the applicable law of the Republic of Serbia. In the first part of the paper, the author discusses the legal regime governing foreign currency liabilities because the legal regulation of this issue was different before and after the adoption of the 1995 Foreign Currency Act. Further on, the author specifically explores the default interest on foreign currency liabilities in the period before adopting the 1993 Act on the Default Interest Rate, after adopting this act and in the current Serbian legislation. At the end of this paper, the author provides a critical analysis of the applicable law on this issue, proposes possible solutions and provides a specific proposal for a more adequate regulation of the default interest rate on foreign currency liabilities.

Key words: *foreign currency liabilities, foreign currency claims, foreign currency, tardiness, default interest, default interest rate, domicile interest rate, referential interest rate.*

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ЉУДСКИХ ПРАВА: ПРАВО ЧОВЕКА НА ДОСТОЈАНСТВО^{1*}

Анстракт: Крајем двадесетог века десио се нови талас конституционализације људских права, када су источноевропске државе донеле своје прве грађанске уставе и прихватиле индивидуалистички концепт људских права. У овом процесу нашла се и Република Србија. Заједничко обележје свих уставних повеља о људским правима садржано је у уставним гаранцијама неприкосновености људског достојанства, као субјективног права и као уставног принципа. У овом раду анализира се људско достојанство као основна вредност правног поретка, са посебним освртом на концепт људских права и њихове гаранције предвиђене Уставом Србије. Циљ је указати на језгро, тј. минималну садржину ове уставне вредности, која обухвата три елемента: прво, право сваког да ужива гаранције као људско биће; друго, да ова суштинска вредност човека буде поштована од других, једнаких чланова заједнице; и треће, да ова вредност буде заштићена «од» државе, тј. од сваког мешања или ограничавања од стране носилаца власти.

Кључне речи: Људска права, људско достојанство, уставне гаранције права и слобода.

Увод

Доношење нових грађанских устава у источноевропским земљама крајем двадесетог века представљало је увод у процес имплементације основних принципа владавине права у младим демократијама. Србија је грађанску уставност обновила деведесетих година, а свој пуни израз она је добила 2006. године у

¹ * Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој РС у пројектном циклусу 2011-2014.

првом Уставу самосталне и суверене Републике. Пролазећи кроз неколико етапа у овом двадесетогодишњем раздобљу, од грађанског модела под формалним оквиром социјалистичке уставности (1990-1992), преко усаглашавања основних уставних принципа грађанске уставности на федералном и републичком нивоу (1992-2006), до новог Устава (2006), област људских права била је неспорна тема. Она се у савременим системима сматра за *conditio sine qua non* правне државе, па се и уставна регулатива ослањала на међународне документе и стандарде достигнуте у процесу конституционализације људских права.

Слична ситуација била је у свим земљама које су, у три таласа демократијације после Другог светског рата, приступиле процесу уставног гарантовања и заштите људских права. Међутим, сама конституционализација, као и презимање међународних стандарда у овој области, нису представљали једину и искључиву гаранцију људским правима. Требало је, поред прокламовања индивидуалних права, обезбедити ефикасан систем заштите људских права. С обзиром да су на почетку стварања грађанске уставности основна права била примарно гарантована кроз заштиту од арбитрерности и самовоље државне власти, то се приликом доношења нових устава поново отворило питање тзв. права негативног статуса.

У грађанским уставима донетим после Другог светског рата, као и у међународним изворима људских права, на примарном месту у систематизацији личних права, која имају обележје «одбрамбених» права, нашло се људско достојанство. Оно је обезбедило позицију не само «новог» субјективног права, већ и квалитет општег начела правне државе. Људско достојанство је установљено као мерило и вредност поретка људских права у уставној држави. Право човека на неприкосновеност достојанства, као основно лично право, и гаранције «људског достојанства», као уставни принцип, уклопљени су у савремени концепт уставне државе, која почива на принципима владавине права. Уставне гаранције неприкосновености људског достојанства отвориле су питање односа државе према појединцу и, у том контексту, значаја тзв. права негативног статуса (*status negativus*) за функционисање правне државе.

1. Конституционализација људских права

Срж оптимизма у последњем таласу конституционализације људских права лежи у тези да уставно прокламовање људских права представља снажну и довољну гаранцију, коју држава пружа својим грађанима у условима владавине права. Као највиши општи правни акт, устав пружа људским правима гаранције од самовоље и арбитрерности власти, првенствено кроз принцип поделе власти, принцип независности судства, као и заштитом уставности и законитости путем уставносудске контроле.²

² „Држава се обавезала својим грађанима преко највишег правног документа“, каже Л.К.Кејт, да ће људским правима пружити одређене уставне инструменте заштите, као

У раном процесу конституционализације индивидуалних права и слобода, крајем 17. и почетком 18. века, грађанска теорија је покушала да одговори на питање односа власти према појединцу, сагледавајући потребу да власт буде ограничена да би права и слобода грађана могле бити остварене. Изворне идеје о односу устава и уставности, са једне стране, и индивидуалних права и слобода, са друге стране, могу се наћи у раним радовима теоретичара, зачетника идеје грађанске уставности. У свом делу „Две расправе о влади“ (1690), енглески филозоф Џон Лок (*J.Locke*) међу првима је поставио темеље поделе власти, коју је дефинисао као примарну, основну баријеру арбитрерној власти. Циљ ограничења власти био је да се обезбеде и гарантују природна права: „природно право човека је да буде слободан од било које више власти на земљи“, као и да не буде потчињен било каквој вољи појединца, већ само природном праву.³ Разматрајући уставни концепт поделе власти, Шарл Монтескје (*Ch.L. Montesquieu*) је у свом делу „О духу закона“ (1752), закључио да подела власти представља уставну одбрану од тираније и истовремено пружа гаранцију слободи. Политичка слобода, сматрао је он, представља став по коме свака особа има сигурност, а власт треба да буде организована тако да се „један човек не мора бојати другог“.⁴ Индивидуална права, како је записао Бенџамин Констан (*B.Constant*), „дозвољавају свакоме да чини све осим онога што може да науди другоме“.⁵

Појам „основна права“ (*grundrechte - basic rights*), преузет из немачке правне доктрине, није потпуно нестао у континенталном правном поретку. Он има значајан удео у пракси европских органа за заштиту људских права, као и у великом броју европских уставних система. Синтагма „основна права“ треба да нагласи уставну природу гарантованих права и слобода, као и да обезбеди функционисање интерних, односно правних гаранција у националном правном поретку.⁶ Основна права имају двоструки карактер. Са једне стране, основна права су субјективна права, права појединца, која нису само права човека и грађанина у ужем смислу, већ су садржана и у гаранцијама правних института или слобода одређеног „животног подручја“. Са друге стране, основна права

што је независно судство. (L.C.Keith, “Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977-1996)”, *Political Research Quarterly* Vol. 55, No. 1, 2002, p. 112)

3 С.В.МсPherson (ed.), *John Locke Second Treatise of Government*, Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980, Sect. 22, 159

4 Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, (Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard), London: G. Bell & Sons, Ltd, 1914, (Book XI), pp. 2-3

5 В.Constant, *Principles of Politics Applicable to All Government*, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, p.46

6 Упор. G.L.Neuman, “Human Rights and Constitutional Rights”, *Stanford Law Review* (55) 2003, p. 1869

се сматрају фундаменталним елементом објективног правног поретка.⁷ Тако је област основних права, као субјективних права, прерасла у фундаменталне норме друштва које обликују објективни правни поредак.⁸

У историјском развоју грађанске државе на место традиционалне доктрине о „природним правима“, која је доминирала у процесу њихове конституционализације, ступила је идеја о „људским правима“, која представља израз интернационализације основних права у савременој уставној држави. Данас су људска права оно што су под тим појмом подразумевали класици конституционализма, када су користили израз „природна права“. Као и природна права, тако се и људска права „морају извести из природног стања (тј. из потребе и способности) људи као таквих, било онаквих какви су данас или онаквих какви су у стању да постану“ (C.B. Macpherson).⁹ Осим значаја људских права у националном поретку, као претпоставке правне државе и као темеља уставне демократије, људска права се сматрају зачетком процеса „интернационализације“ демократије.

Упоредо са развојем уставне државе и процесом интернационализације, мењао се начин дефинисања природе „људских“ права. Природа људских права не одређује се више примарно кроз њихов појам, који је данас готово неспоран, већ кроз дејство људских права, које захтева активну улогу државе у стварању правног и политичког амбијента за остваривање гарантованих права.

Непосредна примена уставних норми о људским правима, односно, директно дејство људских права, уставни је принцип који је настао у новије доба. Послератни грађански устави (Немачка, Италија, Шпанија, а од 70-тих година и Француска) установили су правило о „директном дејству“ људских права, које претпоставља уставној судској заштити права и слобода грађана гарантованих уставом.¹⁰ Има мишљења да се нормама о људским правима мора дати супрапозитивна снага, која произилази из њиховог својства „природног права“, које је старије не само од државе, већ и од самог консензуса слободних грађана на коме се темељи устав.¹¹

Принцип „директног дејства“ људских права отвара питање „унутрашње“ хијерархије, тј. међусобног односа уставних норми. Зато се може поставити питање: да ли уставне гаранције људских права имају приоритет у односу на

7 Упор. К. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes Republik Deutschland*, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1999, S. 127; Д. Стојановић, *Основна права човека*, Ниш, 1989, стр. 69

8 M.Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 127

9 Цитирано према: М. Cranston, „У чему се састоје људска права“, у В. Василијевић (ур), *Права човека – Зборник докумената о правима човека*, Београд: Прометеј, 1991, стр. 34

10 A.S.Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Scholarship Online, 2004, p. 93

11 G.L. Neuman, *op.cit.*, p. 1868

остале уставне норме? Одговор на ово питање мора се најпре тражити у самом уставном акту, а потом у ставовима уставних судова, како приликом апстрактне контроле уставности, тако и приликом решавања о уставним жалбама грађана. У неким уставним системима (Немачка, Шпанија) успостављена је формална заштита каталога људских права посебним правилом о уставној ревизији, што га чини чвршћим делом устава у односу на организацију власти, која се може флексибилније ревидирати.¹²

Са друге стране, главни проблем у непосредном дејству људских права настаје у процесу заштите, судске и уставносудске, где се може отворити питање „сукоба“ две уставне норме којима се гарантују људска права. Тако на пример, у спору о експропријацији проблем се развија на релацији права приватне својине и уставне прокламације да својина мора да одговори општем добру.¹³ Има мишљења (*A.S.Sweet*) да овом приликом треба применити основне принципе интерпретације, балансирање (уравнотежење) и пропорционалност у примени уставних одредаба.¹⁴ Сматра се да је у европској уставносудској пракси Савезни уставни суд Немачке својом пресудом од 18. децембра 1953. године начинио први искорак, када је одлучивао у спору који се тиче једнакости мушкараца и жена, и увео, поред принципа „хијерархије правних норми“, принцип тумачења „природноправних начела“.¹⁵

2. Конституционализација права на „људско достојанство“

Концепт „људског достојанства“, као фундаментално правило људских права и основа уставних слобода, правно је формулисан у чл. 1 Универзалне декларације о људским правима (1948): „Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима.“¹⁶ Међутим, прави извор интернационализације „људског достојанства“, као посебне вредности националног и међународног правног поретка, налази се у Повељи Уједињених нација (1945), која је у својој преамбули позвала на воспостављање „вере у основна права човека, у достојанство и вредности људске личности ...“.¹⁷

12 Чл. 79. основног закона Немачке, Чл. 168. Устава Шпаније

13 *A.S.Sweet*, op.cit., p. 93

14 *Ibidem*

15 Упор. *T.Cole*, “Three Constitutional Courts: A Comparison” *The American Political Science Review* Vol. 53, No. 4 (1959), p. 973; *W.R.v Brünneck*, “Admonitory Functions of Constitutional Courts”, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 20, No.3. (1972), pp. 387-403

16 Усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 10. децембра 1948. године (*Universal Declaration of Human Rights*).

17 Усвојена 26. јуна 1945. године, а ступила на снагу 24. октобра 1945. године (*The Charter of the United Nations*).

Мада се прве уставне гаранције достојанства могу наћи у неким уставима с почетка двадесетог века,¹⁸ процес конституционализације људског достојанства као основног права и примарне вредности у правној држави започео је после Другог светског рата. Први европски устав, који је отворио пут конституционализацији „људског достојанства“, био је немачки устав, тј. Основни закон Савезне Републике Немачке (1949). У првом члану Основног закона наводи се *explicite* да је људско достојанство вредност демократског и социјалног поретка Немачке. Сличну правну формулацију садрже устави Шпаније (1978) и Португала (1976), док италијански Устав (1947) то чини подвлачећи истовремено значај „социјалног“ и „људског“ достојанства.¹⁹ Заједничко овим грађанским уставима је да су донети у два таласа демократизације после Другог светског рата, након периода диктаторских режима у којима су страдала првенствено људска права.

У новим источноевропским уставима људско достојанство је заштићено као вредност уставног система, истичући то у самој преамбули устава (Устав Бугарске, 1991) или је ова вредност проглашена на самом почетку нормативног дела устава, приликом дефинисања принципа на којима почива уставни поредак (чл. 1 Устава Румуније, 1991). Неприкосновеност људског достојанства представља мерило у гарантовању принципа једнакости грађана (чл. 12 Устава Словачке, 1992, Повеља о људским правима и слободама Чешке, 1993) или је дефинисано као природни и правни извор свих људских права (чл. 30 Устава Пољске, 1997). Устав Руске Федерације обавезује државу да штити људско достојанство и не сме чинити ништа што би га угрозило (чл. 21 Устава Русије, 1993). Тиме се упућује да право на људско достојанство спада у групу тзв. права негативног статуса, која су апсолутно заштићена, а дужност је државе да се уздржава од радњи којима може нарушити индивидуалну сферу слобода и права грађана. У новом мађарском Уставу (проглашен 25.04.2011. године, који ступа на снагу 01.01.2012. године), људско достојанство је основна вредност на коју се позива у уставној преамбули, као и у одељку о људским правима. Међутим, појам „људског“ у правној категорији „достојанства“ обухвата и фетус од његовог зачећа, па је тако мађарски Устав, иако један од најмлађих европских устава, унео конфузију у правном тумачењу права на превремену прекид трудноће.

Погрешно би, међутим, било задржати се на пуком побрајању уставних норми које гарантују неприкосновеност људског достојанства, као основно људско право. Као универзална вредност уставног поретка, људско достојанство

¹⁸ Под утицајем нових идеја о социјалној правди или под окриљем ставова доминантне религије (као што је то био случај у католичким земљама), неки уставни донети на почетку 20. века гарантовали су директно или индиректно човеку право на достојан живот (Вајмарски устав 1919, Устав Финске 1919, Устав Ирске 1937).

¹⁹ Чл. 1. Основног закона Немачке, чл. 10. Устава Шпаније, чл. 1. Устава Португала, чл. 41 Устава Италије.

представља резон и мерило тумачења свих уставних норми, како онима којима се гарантују људска права, тако и онима којима се уређује систем власти у држави. За већину правника концепт „људског достојанства“ фундиран је на свеукупности уставних гаранција основних права и слобода, мада је он истовремено претпоставка и услов њиховог остваривања. Зато се може рећи да достојанство човека одређује „садржај, ширину и границе свих других права“;²⁰ односно, да оно представља апсолутну вредност у релативном окружењу правних правила којима је профилисан уставни поредак. Достојанство човека, са једне стране, поставља границе деловања и начин поступања институција, које могу на било који начин да повреду физичке или менталне слободе појединца. Са друге стране, у односима између субјеката права достојанство је основни принцип, који представља правичну и крајњу границу у уживању индивидуалних права и слобода.²¹

Иако се у уставној класификацији право на достојанство може сврстати у основна лична права (тзв. права негативног статуса), ово право има јаку социјалну димензију, можда и више од осталих уставом гарантованих права. На ову особеност личних права указао је још у 17. веку Томас Хобс («Левијатан»), који је достојанство посматрао као «јавно добро човека», које треба да буде заштићено «у» заједници и «од» заједнице. Социјални аспект права на достојанство произилази из «способности појединца да живи пристојно (долично) у друштву».²²

Ретроспективни поглед на уставно нормирање и уставносудску заштиту људског достојанства указује да је напор био усмерен на јачање ове универзалне вредности кроз заштиту основних права, постављајући истовремено стандард у остваривању индивидуалних права. У исто време, развијена је садржина и значење генералних уставних принципа, који су успостављени као основне вредности после Другог светског рата. Први кораци начињени су у пракси уставних судова после „слома“ људских права у Другом светском рату. То је утицало на имплементацију нових правила, и то најпре у области кривичног права, којима је заштићено људско достојанство. Уследило је екстензивно тумачење уставних принципа у области социјалног система, којима је држава преузела одговорност за заштиту „социјалног достојанства“ својих грађана (на пример, гарантовањем права на пристојно становање). У новије доба, људско достојанство добија нову димензију кроз заштиту права у области генетског инжињеринга.

20 G.Dürig, наведено према: G.Bognetti, “The concept of human dignity in European and US constitutionalism”, in (G.Nolte, ed.) *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, p. 90

21 G.Bognetti, *op.cit.*, p. 91

22 T.Hobs, *Levijatan*, Niš; Gradina, 1991, str. 66

Пракса Савезног уставног суда Немачке у заштити људских права потврђује примарну вредност људског достојанства, као уставног принципа. Тако је Уставни суд одлучио да привремено болесна лица, која су осуђена, имају право да одложе издржавање затворске казне до излечења, осим у случају тешких кривичних дела. Сличним разлозима Уставни суд се руководио у погледу забране да строго лична преписка или дневници буду коришћени као доказ у кривичном поступку. Уважавајући принципе демократске и социјалне државе, Суд је у више наврата штитио вредност људског достојанства у погледу пружања помоћи или подршке, коју држава додељује грађанима. У том смислу, обавеза је законодавца, као и самих социјалних служби, да додељују помоћ свима поштујући у потпуности принцип једнакости грађана.²³ Савезни уставни суд је својим одлукама потврдио дуалистички карактер „неприкосновености људског достојанства“: као основног права човека и као врховног уставног принципа.²⁴

Уставни суд Италије, такође, посебну пажњу посвећује заштити „достојанства“ као основне друштвене (социјалне) вредности. Одлуке Суда засноване су на доктрини да је неодвојиви део вредности људског достојанства право грађана на „пристојно становање“. Уставни суд посебно подвлачи значај принципа једнакости грађана у постизању вредности људског достојанства. Његов је напор био усмерен на то да превазиђе или отклони „неједнако поштовање указано достојанству једнаких грађана“. Слично немачком Уставном суду, италијански Уставни суд је поставио људско достојанство као примарну вредност у решавању права на живот фетуса и права жена да одлучују о рађању.²⁵ Седамдесетих година прошлог века овај Суд је не само утицао на парламент, већ и помагао овом органу да се ослободи снажног утицаја Католичке цркве, а све у циљу заштите људског достојанства, као основне вредности правног поретка. Уставни суд Италије прогласио је неуставним законе о забрани употребе контрацептивних средстава, афирмисао законе који су дозвољавали развод, а 1975. године је укинуо одредбу Кривичног закона којом је абортус сматран кривичним делом.²⁶

3. Достојанство и слободан развој личности у Уставу Србије

У Уставу Републике Србије (2006) људско достојанство представља основно мерило у тумачењу ширине и дејства људских права (чл. 19), а истовремено је гарантовано као индивидуално људско право (чл. 23). Зато се може поставити

23 G.Bognetti, *op.cit.*, p. 94

24 C.Enders, "A Right to Have Rights – The German Constitutional Concept of Human Dignity", *A Quarterly Law Review NUJS*, Vol. 2, No. 3, 2010, p. 255

25 *Ibidem*

26 Упор. M.Gallagher, M.Laver & P.Mair, *Representative Government in Modern Europe*, McGraw Hill International Edition, 2001, p. 24; V.Vigoriti, "Italy: The Constitutional Court", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 20, No. 3. (1972), p. 408

питање: да ли «неприкосновеност људског достојанства» треба схватити само као израз субјективног права или је реч о основном уставном принципу, који одређује домет уставом гарантованих права? Овим питањем бавио се Р.Алекси (*R.Alexy*) на примеру немачког уставног система, у коме «достојанство», по мишљењу Савезног уставног суда, представља «апсолутно заштићено подручје приватне аутономије».²⁷ Његово је гледиште да људско достојанство, као вредност уставног система, може бити посматрано и као принцип и као право.²⁸ С обзиром на садржину уставних одредаба о људским и мањинским правима и слободама, долази до изражаја „двоструки карактер“ ове уставне вредности.

Уставни концепт у Републици Србији заснован је на претпоставци да је људско достојанство она вредност која обезбеђује сврху јемстава људских и мањинских права и слобода као неотуђивих. Дакле, људско достојанство је мерило једног уставног принципа, које упућује на обавезу носилаца власти да створе и одрже услове за развој појединца „у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права“ (чл. 19. Устава). На овај начин, Устав Србије подржава традиционални концепт о тзв. правима негативног статуса, у чијој основи се налази неприкосновеност људског достојанства. Уздржавање државе и носилаца власти од задирања у индивидуалну сферу појединца, првенствени је услов за остваривање слободе појединца и заштиту његовог достојанства.

Са друге стране, Устав гарантује неприкосновеност људског достојанства као лично право сваког појединца, које претпоставља обавезу свих да га „поштују и штите“ (чл. 23). Уставна синтагма о “неприкосновености људског достојанства” налази се на почетку уставних одредаба о људским правима и слободама (чл. 23 ст. 1) и ужива институционалне гаранције, јер је успостављена дужност сваког да га поштује и штити. У основи заштите људског достојанства налази се потреба за поштовањем човека у његовој сопственој вредности, тј. поштовање аутономије и слободног развоја личности. Овако успостављена вредност уставног система представља крајњу границу у поступању како носилаца власти, тако и самих појединаца, штитећи човека и грађанина од сваког (намерног или ненамерног) омаловажавања.

Поред институционалних гаранција неприкосновености достојанства, Устав гарантује низ индивидуалних права, чија садржина директно задире у сферу достојанства човека. Тако се у чл. 23 гарантује право на слободан развој личности, које садржи и правило о иманентним границама људских права. Ово право почива на претпоставци да људи уживају своја права и слободе у мери у којој не нарушавају иста права и слободе других људи. Тако се и право на

27 R.Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 63

28 R.Alexy, *op.cit.*, p. 64

слободан развој личности може остваривати до његових природних граница, тј. «ако тиме не крше права других зајемчена Уставом» (чл. 23 ст. 2).

Уставне гаранције људског достојанства, као института, и права човека на слободан развој личности, као субјективног права, посебно су разрађене у одредбама о личним правима. У држави утемељеној на принципима владавине права, обавеза је државних органа да у поступку лишења слободе поступају «човечно и с уважавањем достојанства његове личности» (чл. 28). Међутим, концепт људских права, садржан у Уставу, полази од претпоставке да људско достојанство није исходиште само тзв. негативних (или одбрамбених) права. С обзиром да принцип социјалне правде претпоставља гарантовање тзв. права активног статуса, достојанство човека је заштићено и као «социјална» категорија. Тако се Уставом гарантује право на социјалну заштиту «чије се пружање заснива на начелима социјалне правде, хуманизма и поштовања људског достојанства» (чл. 69).

С обзиром на домет уставних гаранција, може настати проблем када се „људско достојанство“, као принцип и мерило гарантовања људских права, постави у однос према „људском достојанству“, као субјективном праву сваког појединца.

Као субјективно право појединца, људско достојанство има карактер апсолутно заштићеног права (чл. 202. ст. 4), које не подлеже мерама одступања од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању.²⁹ Са друге стране, Устав Србије није пружио начелима о људским и мањинским правима и слободама статус апсолутно заштићених уставних резервата у стању државне нужде. Тако и „људско достојанство“, као сврха јемстава људских права, нема апсолутни карактер и не ужива „привилеговани“ положај у ратном или ванредном стању.

Проблему тумачења и примене уставних начела о људским и мањинским правима доприноси и својеврсна правна „конфузија“ у тумачењу принципа о једнакости грађана у ванредном или ратном стању. Иако се мере одступања од људских и мањинских права у ванредном или ратном стању не могу примењивати тако да изазову разликовање међу људима, Устав наводи само неке од основа за забрану дискриминације у стању државне нужде, као што су раса, пол, језик, вероисповест, национална припадност или друштвено порекло. Тако је основни уставни принцип о забрани дискриминације (чл. 21.3) сужен и ограничен на неколико основа о забрани дискриминације у посебном стању. Поставља се питање: да ли ће у стању државне нужде бити допуштено да се мере ограничења примене на појединце с обзиром на њихово политичко или друго уверење, рођење, имовно стање, културу, старост и психички или физички инвалидитет?

Уставне норме којима се проглашавају основни принципи правног поретка, а нарочито оне којима се гарантује владавина права, представљају основ

²⁹ Упор. М.Пажванчић, *Komentar Ustava Srbije*, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, str. 35

за тумачење Устава у целини. Зато сматрамо да у овом случају треба да буде примењен општи принцип владавине права, који обавезује државне органе да поштују начело о једнакости и забрани дискриминације по било ком основу и у стању државне нужде. Руковођени разлозима очувања основних вредности уставног система, сматрамо да треба применити принцип пропорционалности, који претпоставља да су одступања од људских и мањинских права допуштена „само у обиму у којем је то неопходно“ (чл. 202.1), Тако и „људско достојанство“ треба да буде мерило у постављању „граница“ ограничења људских права и основна вредност на којој почива уставни систем Републике Србије.

ЗАКЉУЧАК

Уставне гаранције људског достојанства представљају темељну вредност у савременој правној држави. Готово да нема спора у правној теорији да ова вредност има дуалистичко значење: оно је истовремено основно људско право и врховни уставни принцип. Савремени грађански уставни додатно гарантују и обезбеђују људско достојанство преко специјалних личних права грађана, која штите сферу индивидуалне слободе „од“ државе, нарочито у поступцима пред државним органима. Као врховни уставни принцип, људско достојанство представља *raison d'être* уставне државе, која почива на владавини права. Узимајући у обзир не само правни, већ и социјални и морални контекст савремене државе, могло би се рећи да вредност људског достојанства чини изворну претпоставку да човек располаже правом да ужива права као људско биће. Минимална садржина ове вредности, коју гарантују савремени уставни обухвата три елемента: право сваког да ужива гаранције као људско биће; да ова суштинска вредност човека буде поштована од других, једнаких чланова заједнице; као и да она буде заштићена „од“ државе, тј. од сваког мешања или ограничавања од стране носилаца власти.

Литература:

- Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010
- Bognetti, G., "The concept of human dignity in European and US constitutionalism", in (G. Nolte, ed.) *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, pp. 85-107
- Brünneck, W.R.v, "Admonitory Functions of Constitutional Courts", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 20, No.3. (1972), pp. 387-403
- Василијевић, В. (ур), *Права човека – Зборник докумената о правима човека*, Београд: Прометеј, 1991
- Vigoriti, V., "Italy: The Constitutional Court", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 20, No. 3, 1972,
- Gallagher, M., Laver, M. & Mair, P, *Representative Government in Modern Europe*, McGraw Hill International Edition, 2001

23. Enders, C., "A Right to Have Rights – The German Constitutional Concept of Human Dignity", *A Quarterly Law Review NUJS*, Vol. 2, No. 3, 2010, pp. 253-264
- Enders, C., "A Right to Have Rights – The German Constitutional Concept of Human Dignity", *A Quarterly Law Review NUJS*, Vol. 2, No. 3, 2010, pp. 253-264
- Keith, L.C., "Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977-1996)", *Political Research Quarterly* Vol. 55, No. 1, 2002, pp. 111-143
- Loughlin, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004
- McPherson, C.B., (ed.), *John Locke Second Treatise of Government*, Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980
- Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, *The Spirit of Laws*, (Translated by Thomas Nugent, revised by J. V. Prichard), (Book XI), London: G. Bell & Sons, Ltd, 1914
- Neuman, G.L., "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review*, Vol. 55, 2002/2003, pp. 1863-1900
- Ражванчић, М., *Komentar Ustava Srbije*, Београд: Konrad Adenauer Stiftung, 2009
- Рос, Ш.Р., Поповић, А., Шнајдер, Н.К., (ур.), *Изабране одлуке немачког Савезног уставног суда*, Београд: Konrad Adenauer Stiftung, 2010
- Стојановић, Д., *Основна права човека*, Ниш, 1989
- Sweet, A.S., *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Scholarship Online, 2004
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes Republik Deutschland*, Heidelberg: C.F.Müller Juristischer Verlag, 1999
- Hobs, T., *Levijatan*, Niš; Gradina, 1991
- Constant, B., *Principles of Politics Applicable to All Government*, Indianapolis: Liberty Fund, 2003
- Cole, T., "Three Constitutional Courts: A Comparison", *The American Political Science Review*, Vol. 53, No. 4, 1959, pp. 963-984

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

**Constitutionalization of Human Rights:
Right to Human Dignity**

Summary

Towards the end of the 20th century, there was a new wave in the process of constitutionalization of human rights. This new development was a result of constitutional changes instituted in a number of Eastern-European countries which adopted their first constitutional charters on human rights and recognized the concept of subjective human rights. This process included the Republic of Serbia as well. The common feature of all these constitutional charters on human rights is reflected in the constitutional guarantees on the inviolable human right to dignity both as a subjective right of an individual and a constitutional principle. In this paper, the author analyses the human right to dignity as a fundamental value of the legal order, with specific reference to the concept of human rights and related guarantees as envisaged in the Serbian Constitution. The aim of this paper is to address the core elements (minimum contents) of this significant constitutional value, which includes three elements: 1) the right of every single person to enjoy these guarantees as a human being; 2) the observance of this essential human value by others (who are equal members of the community), and 3) the protection of this value from any interference or restriction by the authorities in power.

Key words: *human rights, human dignity, constitutional guarantees on human rights and liberties.*

БАВЉЕЊЕ КРИМИНОЛОГИЈОМ – ПРИЛОГ РАСВЕТЉАВАЊУ ПИТАЊА ПРИМЕНЕ АДЕКВАТНЕ МЕТОДОЛОГИЈЕ¹

Апстракт: Бављење криминологијом, као и било којом другом друштвеном науком или научном дисциплином, подразумева јасно, прецизно одређење предмета и циља теоријског и емпиријског истраживања, као и примену адекватних методолошких поступака, ради долажења до сазнања предмета који се проучава. Од квалитативних методолошких поступака у раду се наводе: учествовање-посматрање; етнографија; фотографија; етнометодологија, интервју уз драматуршки приступ, социометрија, природни експеримент, испитивање појединачног случаја, ненаметљиво мерење, садржајна анализа, историографија, секундарна анализа података, а квантитативни укључују: испитивање; експериментално и квази експериментално истраживање; истраживање кроз попречне пресеке; лонгитудинално истраживање; истраживање временских серија и мета анализу.

Кључне речи: криминологија, метод, квалитативно, квантитативно.

Увод

Бављење криминологијом, као и било којом другом друштвеном науком или научном дисциплином, подразумева јасно, прецизно одређење предмета и циља теоријског и емпиријског истраживања, као и примену адекватних методолошких поступака, ради долажења до сазнања предмета који се проучава. Различита питања, из области: социологије, криминологије, педологије, виктимологије, као и одговори на њих, обухваћени су неком од водећих идеја интелектуалне традиције на западу, превасходно о природи научног сазнања и о путевима којима се до њих долази/ло. Иначе, у науци постоји једна константна потреба за јасним приказом историјата развоја људске мисли, а с тим повезано непрекидно „бујање“ људског истраживања, што чини крајње отежаним да се

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

нечије сазнање „стави засигурно на прву степеницу, као водеће, у интелектуалној историји“.²

Изучавање методологије, односно поступака, путева долажења до сазнања о појави која се испитује, у смислу историјског континуитета развоја људске мисли,³ уобичајено се отпочиње приказом Платонових дијалога, затим, радова: Лока (Lock), Берклија (Berkeley), Хјума (Hume), као и других чувених филозофа. Оно што оправдава овакве почетке теоријских истраживања о значају методологије и методолошких поступака у науци, свакако произилази из факта да су се у класичним текстовима разматрала питања која су, превасходно, од вечитог филозофског интереса, попут: природе сазнања; односа материје и духа; постојања Бога; природе доброте. Критички осврт, према већ постојећим класичним ставовима, не само да обезбеђује неку врсту „интелектуалног тренинга“, већ може довести и до неког облика историјске конфузије, уколико се не укаже на историјску повезаност између различитих аутора и праваца. Затим, „а-историјски“ приступ у истраживању филозофских ставова из прошлости, може резултирати тиме да истраживач уочи питања и тешкоће у њиховим ставовима, али не на начин како су они примећени у прошлости, већ од какве су важности нама, али данас. То не користи увек јасном размишљању, чак и онда када је експлицитна намера да се употреби филозофски текст из претходних времена, како би се поново указало на савремена филозофска питања.⁴

Али, изучавање историје филозофије није потпуно, без сазнања научне методологије. Како истиче Олдројд (Oldroyd, 1986), научни покрет „створила је заједница људи који теже да досегну знање света, тако што ће употребити различите врсте опсервационих и експерименталних поступака, не само тако што ће причати или размишљати о појединим темама – као што то чине филозофи – мада је очигледно да је део мисли или говора укључен дуж пута научног рада. Научници теже да открију шта то регулише природу и њене законитости, тако што ту регулативу описују; док су теоријска разматрања намењена објашњавању тих законитости“.

Уопште посматрано, одређивање појма једне науке, па и криминологије, немогуће је без прецизног одређења њеног предмета, као и метода којима се служи у проучавању свог предмета. Криминологија свој статус самосталне, теоријско-

2 Видети: David Oldroyd, *The Arch of Knowledge*, 1986, p. 1, <http://books.google.com/books?>, приступ: 17.10.2011.

3 Још 1962. године, М. Ђурић је писао да је „оштро одвајање социологије од историје неумесно и неоправдано, и да би за социологију био велики губитак ако би богато искуство историјских проучавања заувек остало изван сфере њеног интересовања“. Социологија, према овом филозофу, треба да прошири обим свог истраживачког настојања, јер „само на тај начин може открити непроменљиве односе између појава које важе увек и на сваком месту“. Ђурић, М., *Проблеми социолошког метода*, Савремена школа, Београд, 1962, стр. 251.

4 Ibidem

емпиријске, друштвене и интердисциплинарне науке⁵ завређује самосталним предметом и методама које се примењују у истраживању. Међутим, као што се више научних, сродних дисциплина бави истим предметом истраживања, одређеном појавом у спољном свету, тако се и више њих служи истим методама у проучавању те појаве. Стога се у науци поставља питање јасног разграничења две посебне, самосталне науке, које имају исти предмет и метод истраживања. Како наглашава Ж. Хорватић (1981), с ортодоксних позиција посматрано, могло би се захтевати да су само „посебан предмет и специфичне методе увјети за формирање посебне знанствене дисциплине“.⁶

Ипак, у друштвеним наукама, попут социологије, криминологије, које се баве повезаним, често условљеним, „испреплетаним“ појавама, без обзира на сличност предмета и примени идентичних метода у њиховом проучавању, постоје и други критеријуми „који оправдавају формирање посебних и самосталних знанствених дисциплина“.⁷ Сигурно да таква врста разграничења, као и оправданости атрибута самосталности, који наука носи, могу да буду уочени уколико се направи јасно разликовање између епистемолошког и методолошког становишта, везаног за једну науку. Епистемолошко становиште носи у себи утврђивање конститутивних принципа научне делатности, односно шта наука тежи да постигне, док се методолошко становиште односи на то како и на који начин „научник стварно прилагођава своје понашање идеалним захтевима делатности у којој учествује“.⁸

Методологија (*methodos* – грч. пут, начин и *logia* – грч. наука) је наука о методама, путевима и начинима научног истраживања.⁹ Задачи научне методологије су да: открије, опише и објасни методе, путеве научног сазнања, начине долажења до сазнања, начине долажења до истине, односно решења неког проблема. Методологија се бави проучавањем метода истраживања, природом и каквоћом података добијених различитим методама, логиком и

5 Наука подразумева коришћење ситематских метода емпиријског истраживања, анализу података, теоријско мишљење и логичку процену аргумената, у циљу развоја корпуса знања о одређеном проблему. Према овој дефиницији, како истиче Е. Гиденс, социологија, односно криминологија јесу посебне науке. Гиденс, Е., *Социологија*, Економски факултет Београд, 2005, стр. 656.

6 Видети: Horvatić, Ž., *Elementarna kriminologija*, „Liburnija“ - Rijeka, „Školska knjiga“ – Zagreb, 1981, стр. 22.

7 Ibidem

8 Видети детаљније: Ђурић, М., *op. cit.*, стр. 32.

9 Неки теоретичари, сасвим оправдано, приликом дефинисања методе, као пута, начина, средства да се нешто учини, оствари, да се постигне неки циљ, праве разлику између: средства, радње употребе средства и начина вршења те радње. Како истиче Р. Лукић, „кад се ове три ствари јасно разликују, онда је начелно свеједно која ће од њих бити названа методом, мада је практично најбоље да се тако назове она која се тако најчешће назива у стварном говору о томе“. Лукић, Р. *Методологија права*, ИРО Научна књига, Београд, 1989, стр. 10.

разлозима коришћења тих података у филозофским, социолошким, научним истраживањима, заправо свим теоријским истраживањима. Методологија почиње уочавањем и формулисањем „проблема, постављањем различитих хипотеза, испитивањем, истраживањем и извођењем последица“ из формулисаних хипотеза, да би се постигло теоријско „решење“ проблема, све до „практичне“ примене добијеног решења. Методологија је превасходно теоријско истраживање, али и научно излагање теоријски добијеног решења проблема, које истражује и завршава се практичном применом добијеног решења. Научно истраживање и научно излагање су блиско повезани и међусобно су условљени, мада треба та два методолошка аспекта разликовати.¹⁰ Према М. Ђурићу, под именом „научни метод“, одређује се скуп основних принципа, који одређују аналитички оквир једне науке, заједно са свим посебним истраживачким поступцима, помоћу којих наука настоји да реши проблеме који се пред њу постављају.¹¹

Неке карактеристике криминолошког метода

Питања која се односе на методе у криминологији, једноставно могу бити посматрана на два нивоа: на нивоу основних метода, који опредељују основни научни приступ посматрања и проучавања предмета и на нивоу примене посебних метода, који одређују начин систематизовања и упоређивања, а тиме и делимично или што обухватније објашњење појава којима се криминологија бави. Затим, следе помоћне методе, које одређују начин прикупљања података о појавама.

Посматрано са становишта основних метода, у проучавању свог предмета, криминологија се, као и друге друштвене науке, користи научним методама које су заједничке свим друштвеним наукама. При томе, она те методе прилагођава изучавању сопственог предмета. Метод, како, на пример, истичу Љ. Арнаудовски,¹² Ж. Хорватић,¹³ С. Константиновић Вилић, В. Николић Ристановић, М. Костић,¹⁴ јесте начин поступања, или, планирани пут утврђивања истине, или пут или начин проучавања предмета неке дисциплине, ради сазнања основних законитости које важе за појаве које она проучава. С једне стране, основна обележја криминолошког метода проистичу из одређења појма, односно њених особина, као науке, као и у односу на предмет њеног изучавања. С друге стране, у криминологији постоји велики број различитих теоријских полазишта, која разматрају

10 *Методологија*, sr.wikipedia.org/sr/Методологија, приступ: 20.10.2011.

11 Видети детаљније: Ђурић, М. *op. cit.*, стр. 34.

12 Арнаудовски, Љ. *Криминологија*, 2-ри Август С, Штип, 2007, стр. 101.

13 Horvatić, Ž. *op. cit* стр. 23.

14 Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M. *Kriminologija*, Pelikan Print, Niš, 2009, стр. 53.

различиту природу и суштину узрочности криминалитета, односно делинквенције, што, опет, само по себи, води ка различитим одредиштима.

Кратки осврт на развој криминологије као самосталне науке, кроз различите криминолошке правце, указаће на значај примењиваних методолошких поступака, одређиваних у складу с предметом истраживања. Тако су методе природних наука једно време биле доминантне у криминологији, управо под утицајем антрополошки и биолошки оријентисане криминологије, где се посебан значај давао наслеђивању криминалних диспозиција, па су примењиване методе које су омогућавале мерење наследне оптерећености, испитивање односа између наслеђених и стечених диспозиција и сл. Тако је, на пример, Гал (Gall) свој рад на анатомији мозга почео у Бечу, где се бавио медицином од 1785-1805. године. Када је његов рад проглашен неприхватљивим с религиозног становишта 1805. године, напустио је Беч и радио на неколико немачких универзитета. Сматра се да је, поред Лаватера (J.G.Lavater) и Ђамбатиста Дела Порта (Giambattista Della Porta), један од оснивача физиогномије у криминологији. Њихова схватања, иако напуштена, ипак су представљала претече антрополошког правца у криминологији, а њихов је значај у томе што су преузели методе егзактних наука, а злочинце проучавали појединачно, као болеснике.¹⁵

Опет, на преласку векова, група психијатара, укључујући Ашафенбурга (Ašafenburg) и Накеа (Näcke), одбацила је постојање „моралног дефекта“ и заузела много сложенији став о интеракцији између наслеђивања и околине. Они су установили „Ашафенбургову парадигму“, у којој је доминирао став да многи криминалци пате од опште менталне абнормалности (описане у термину дегенерације, *Minderwertigkeit* или психопатија), што их чини много подложнијим да живе криминалним начином живота, под неповољним спољним околностима – не зато што су те абнормалности биле непосредно криминогене, „већ зато што су развојно омели своје каријере у друштвеном и економском животу“.¹⁶

Од периода Вајмарске Републике, Ашафенбургова парадигма је постала преобладајућа. Практично, сваки криминолог биолошки оријентисан, у периоду између два светска рата, укључујући и оне који су били најпосвећенији истраживању генетских фактора, попут Лангеа (Lange) и Штумфла (Stumpfl), били су сагласни у томе да се, изузев ретких случајева *gemütlos* психопата, конгенитални или генетски фактори, који су имали удела у криминалном понашању, нису састојали од неког криминогеног „моралног дефекта“, већ од различитих абнормалних трагова који нису наследно криминогени, али би могли да развију криминогени потенцијал, у одређеној комбинацији и под одређеним спољним околностима.

15 Видети: Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M. op. cit., стр. 268-269.

16 Wetzell, F. Richard. (2000) *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, p. 297.

Најважнији допринос Ашафенбургове парадигме био је у комплексном сагледавању интеракције између наслеђивања и утицаја из околине, што је промовисало да се појава методолошки и концептуално ближе одреди. У ствари, Ашафенбург је прецизно описао поделу узрока злочина на две велике групе: друштвени узроци и индивидуални узроци. Прва група разматра само спољашне услове „опште флукуације која утиче на јављање злочина“; друга група услова увек води, приликом испитивања индивидуиног личног нагињању у злочин, ка „каљузи“ из које је индивидуа потекла, а то „директно води назад дуж пута према друштвеним узроцима“ злочина.¹⁷ Штумфл је имао много већи домаћај у методолошким питањима студија о близанцима, него у својим радовима Ланге, све до Егзнерове криминолошке студије из 1939. године, која је представљала видљиви напредак у односу на стандардни рад Ашафенбурга из 1903. године. Ова растућа одређеност методологије неизмерно је, додатно, усложнила компликовани задатак биолога. Како је њихово разумевање интеракције наслеђивања и окружења постало сложеније, њихов циљ, који се састојао у идентификовању криминогених генетских фактора и раздвајања између поправљивих и непоправљивих, постао је још „неухватљивији“.¹⁸ Касније, када је дошло до развоја криминалне социологије, најпре на европском, а затим на тлу Северне Америке, прихваћене су све методе и технике истраживања, које су иначе доминантне у социологији.

При томе, у криминологији не опстаје само пуки збир утврђених чињеница који имају квантитативно значење, већ су оне постављене у одређени систем и подлежу научној анализи, уз примену: аналитичког и синтетичког, индуктивног и дедуктивног метода, као и материјалистичког, историјско-дијалектичког метода. Такав вид изучавања ових чињеница, на нивоу конкретности настанка појава, управо и чини бит научне спознаје. Ипак, емпиријско праћење и бележење појава није циљ сам по себи. Такав се поступак не окончава само на нивоу описивања чињеница, без претходно изграђеног теоријског концепта, чијим се основним полазиштима и врши интерпретација и верификација теоријских поставки, уз настојање да се открију законитости које владају истраживаном појавом.¹⁹ Приликом разматрања различитих питања, везаних за примену одговарајућих метода у криминологији, свакако да треба избећи приклањање искључиво једном од два поларизована теоријска полазишта у методологији. По једном, по коме је криминологија искључиво теоријско-системска наука, у први план се ставља општи теоријски метод компарације, који има синтетичко-дедуктивни карактер. По другом схватању, по коме је криминологија, у својој основи, практично-експериментална наука, сав интерес усмерен је на примену метода експериментално-истраживачког карактера.

17 Видети: Gustav Aschaffenburg. *Crime and Its Repression*. (1968). Montclair, New Jersey: Patterson Smith, стр. 15.

18 Wetzell, F. Richard, op. cit p. 298.

19 Аранудовски, Љ. op. cit стр. 104-105.

У ствари, тежиште би тада било у прикупљању чињеница и њихово описивање, па се, у пракси, помоћни, технички поступци тиме проглашавају методама.

Посматрано са становишта посебних метода, од посебног значаја за криминолошки метод јесте теоријско-емпиријски и интердисциплинарни, академски и примењени карактер криминологије, као и предмет њеног проучавања, који обухвата, како појединачне случајеве криминалног понашања, тако и криминалитет као масовну појаву. У том смислу прави се разлика између: метода (у ужем, уобичајеном, смислу) као планираног начина проучавања; посебних метода, као и техника истраживања, схваћених као средства која помажу или омогућавају то проучавање, односно као скуп конкретних поступака који омогућавају организовано прикупљање података о криминалитету. Тако је, применом метода друштвених наука у идентичном облику, али у комбинацији која одговара предмету њених проучавања, криминологија створила сопствени методички систем. Криминологија је у свом досадашњем развоју посебно развила методу испитивања индивидуалних случајева криминалног понашања и криминолошку клиничку методу, којима се проучавају поједини извршиоци кривичних дела у свим аспектима, као и методу прогнозирања криминалног понашања.

Технике које се користе за прикупљање података у криминологији такође су преузете од других друштвених наука и то уз мање прилагођавања, него када се ради о методама. Међутим, с обзиром на специфичност свог предмета, криминологија се неким техникама (на пример статистиком) користи више, а неким (на пример експериментом) мање, у односу на друге друштвене науке.

Из ових карактеристика криминологије проистичу следећа обележја метода које користи:

- прикупљање конкретних чињеница и њихово теоријско објашњавање,
- фундаментална и примењена истраживања,
- прикупљање података о криминалном понашању, криминалитету, делинквенту и жртви (појавни облици и фактори),
- коришћење квантитативних и квалитативних метода,
- компаративни метод,
- проучавање криминалног понашања у склопу ширег живота делинквента,
- категоризације и типологије: груписање криминалних понашања и делинквената по сродности,
- коришћење метода и знања разних наука и тимски рад.²⁰

Ипак, с обзиром на то да је криминолошке појаве могуће посматрати са становишта макро нивоа или нивоа криминалитета као масовне друштвене појаве и са становишта микро криминологије или нивоа појединачног криминалног понашања, неопходно је да примењене методе и технике буду прилагођене нивоу посматрања појаве. Стога је, у неком најопштијем смислу, могуће разликовати методе изучавања криминалитета као масовне друштвене појаве и методе изучавања криминалног понашања као појединачне појаве. Оба пута емпиријског

²⁰ Видети: Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M. op. cit., стр. 53-54.

истраживања имају сличан хронолошки модел, односно груписање операција, радњи, које истраживач мора да изврши сукцесивно да би реализовао истраживање. То обухвата: одређивање предмета и циља истраживања, одређење узорка и извора података и одређење метода, техника и инструмената истраживања.²¹ Без обзира на ниво посматрања криминолошке појаве, непосредни циљеви, које поставља истраживач/истраживачица, у склопу свог криминолошког истраживања, увек се односе на утврђивање феноменолошких и етиолошких особина испитиване појаве, а крајњи, посредни циљ, састоји се у предлогу одговарајућих мера превенције те криминолошке појаве.

Квалитативне методе/технике у криминологији

Дилема, формулисана питањем, шта је значајније у погледу добијања научних резултата, примена квалитативног или квантитативног истраживања криминалног феномена, скоро да превазилази потребу разјашњења и изношења ваљане аргументације, управо из разлога што то зависи не од такве дилеме, већ од тога шта је постављено као предмет криминолошког истраживања и на ком се нивоу (макро или микро) посматра криминални феномен.

Пут долажења до сазнања важан је, како за криминологију, као самосталну науку, тако и за праксу кривичног правосуђа. Вредност, подесност и неопходност употребе квалитативног метода су подложни дискусији. Због својих јединствених доприноса – дубине разумевања појаве, као примарног циља – који се могу обезбедити применом квалитативних метода, међу криминолозима се расправља о томе колико се те методе често могу да користе, а уколико се према тим правилима спроводи истраживање, како и на који начин то може допринети креирању криминолошког сазнања и праксе кривичног правосуђа.

Због разноликости у добијању података, начину како су подаци сакупљени и анализирани, као и то како подаци и анализе података расветљавају предмет истраживања, сазнања добијена путем квалитативног истраживања су „многo информативнија, богатија и нуде повећано разумевање, у поређењу с оним која се постижу квантитативним истраживањем“.²²

У криминолошкој литератури се истиче да се квалитативно истраживање усмерава према суштаствениости једне криминолошке појаве, њеним особеностима, утврђујући карактеристике: догађаја, људи, интеракција,

21 Видети: Пешић, В. *Основи практичне и истраживачке криминолошке методологије*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1969. стр. 177.

22 Richard Tewksbury, „Qualitative Versus Quantitative Methods: Understanding Why Qualitative Methods are Superior for Criminology and Criminal Justice“, *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, Vol 1 (1) 2009. p. 38-58. (p. 38), http://www.jtpcrim.org/January_Articles/Qualitative_Vs_Quantitative_Richard_Tewksbury.pdf

приступ: 25.10.2011.

културних поставки и искустава. Такође, Берг (Berg, 2001), као један од водећих пропонената квалитативних истраживања у криминологији, објашњава: „Квалитет упућује на то која појава, где, када и како се догодила – на њену суштину и њено окружење. Стога, квалитативно истраживање упућује на значење, концепте, дефиниције, карактеристике, метафоре, симболе и описе ствари“.²³

Ипак, квантитативно истраживање се сматра *научнијим* приступом у бављењу друштвеним наукама. Фокус је усмерен на примену специфичних дефиниција, пажљиву операционализацију о томе шта значе одређени концепти и варијабле. С друге стране, методи квалитативног истраживања усмеравају већу пажњу ка интерпретацији, при чему су јасно уочљиви: погледи, контексти, окружење, као и ширина разумевања концепта.²⁴

Квалитативним истраживањем постиже се истинско разумевање друштвеног аспекта о томе како се јавља злочин и како државна структура и процеси с тим повезани реагују на извршени злочин у културно заснованом контексту.

Ипак, резултати криминолошких истраживања, у којима су се примењивале квалитативне методе, веома се ретко објављују. Према подацима из 2005. године, на пример, мање од 11% научних чланака из криминологије, објављених у високо ранжираним часописима из области криминологије и кривичног права, садржи резултате истраживања добијене применом квалитативних метода, док је мање од 15% било објављено у ниже ранжираним часописима.²⁵

У објашњењу квалитативних истраживања, у ствари се занемарује једна јасна констатација – подаци уопште не морају да буду исказани у бројевима, нумерички. Учесталост дистрибуције неке појаве, као и прогнозирање, не морају да се приказују. Подаци могу да имају облик: речи, слика, импресија, гестовне изразе или тоналитет, који сви, у ствари, представљају стварне догађаје или стварност, онако како се она види симболично или у социолошком смислу. Квалитативно истраживање користи „неуспостављену“ логику, да би се дошло до тога шта је „стварно стварно“ – квалитет, смисао, контекст или слика стварности, у којој људи изистински делају, а не како кажу да поступају на тај начин. Смисао неуспостављене логике је у томе да не постоје правила „корак – по – корак“, у којој истраживачи не треба да користе већ *фабриковане* методе или успостављена правила, термине, процедуре, што ће, укупно, њихово

23 Цит. према: Richard Tewksbury, op. cit., стр. 39.

24 Ibidem

25 Цит. према: Richard Tewksbury, op. cit., стр. 40.

истраживање учинити „чистим и повезаним“ (како то, иначе, изгледа када буде објављено у часописима).²⁶

Стога, постоји тешкоћа око одређења квалитативног истраживања, зато што оно не обухвата исту терминологију као уобичајено научну. Најједноставнија дефиниција гласи да квалитативно истраживање обухвата методе прикупљања података и анализе које нису квантитативне (Lofland, Lofland, 1984). Следећи начин тог одређења је да се квалитативно истраживање фокусира на „квалитет“, термин који упућује на суштину или амбијент нечега (Berg, 1989). Затим, квалитативно истраживање обухвата субјективну методологију и себе самог, односно истраживача као инструмент за истраживање (Adler, Adler, 1987). У ствари, свако има своју сопствену, омиљену дефиницију. Истраживачи, који примењују историјско-компаративну методу, сматрају да квалитативно истраживање увек укључује историјски контекст, а некада и критички став према „истурености“ која се ставља испред, како би се дошло до „дубинске структуре“ социјалних релација. Ипак, најчешће, квалитативно истраживање је засновано на основном, од стране истраживача, прихваћеном теоријском ставу, од кога се и полази.

Навешћемо неке од методолошких поступака, примењених у квалитативним истраживањима, који се уобичајено не наводе у домаћој криминолошкој књижевности, с напоменом да се некада, у страним изворима, не прави разлика између метода и техника истраживања, које се користе приликом сазнања криминалног феномена на микро нивоу. Стога, од тих поступака, наводе се: учествовање-посматрање; етнографија; фотографија; етнометодологија; интервју уз драматуршки приступ; социометрија; природни експеримент; испитивање појединачног случаја; ненаметљиво мерење; садржајна анализа; историографија и секундарна анализа података.

Учествовање – посматрање је процес у коме се истраживач удубљује у студирање људи од којих се не сме разликовати. То се најчешће одвија тајно, идентитет истраживача скрива се под другим именом, при чему он не одаје стварну сврху свог боравка у тој средини. Овај се поступак одвија као: потпуно учествовање (истраживач учествује у девијантним, илегалним активностима и труди се да непосредно утиче на групу); учесник као посматрач (истраживач учествује у девијантним, илегалним активностима, али нема непосредни утицај на групу); посматрач као учесник (истраживач учествује једнократно у некој девијантној или илегалној активности, а затим не учествује ни у једној другој криминалној активности); потпуно посматрање (истраживач, као члан криминалне групе, не учествује ни у једној девијантној нити криминалној активности). Оно што је кључно за све ове поступке је да истраживач мора да

26 *Qualitative Social Science Research Methodologies*,

<http://www.drtoconnor.com/3760/3760lect06.htm> приступ: 25.10.2011.

поступа на два нивоа: да постане инсајдер и, истовремено, остане аутсајдер. Мора да избегне да постане превише укључен у групу, односно да не буде њен „природни део“, у смислу да престане с истраживањем и да постане, скоро, доживотно укључен у криминалну групу. У криминолошко емпиријском смислу, то би значило да истраживач губи своју објективност и почиње да глорификује криминалце. Овим методом су проучавани: банде; групе које врше злочине мржње; проститутке и трговци дрогом.

Етнографија је процес описивања културе или начина живота једног народа. Смисао је у томе да је свака особа рефлексија своје културе и да сви гестови, симболи, песме, изјаве једне особе, као припадника те културе, имају имплицитно значење за све друге особе које припадају том народу. Етнографски приступ подразумева посматрање и вођење бележака. При томе, истраживач треба да следи нека упутства, као: одмах се записује све и не дискутује ни о чему пре записивања; брижљиво треба пратити правила и секвенце догађаја, као и то колико која секвенца траје; уочено треба одвојити од сопствених осећања или размишљања.

Фотографисањем или снимање филма је, у ствари, етнографски поступак, спроведен уз камере или фотоапарате. Етнографски филм може се снимати о бескућницима, на пример. Ова се техника често назива *говорна историја*.

Етнометодологија је студија о уобичајеном сазнању и представља етнографску технику, коју је установио социолог Харолд Гарфинкел (Harold Garfinkel), касних шездесетих година 20. века. Подразумева активну улогу истраживача, којом се крши стандардна рутинна група у једном народу, у циљу да се установи каквом јачином и на које се све начине чланови групе мобилишу да поново успоставе дејство једне културне норме. Идеја овог поступка није у томе да се прекрши закон или чак норме друштвеног уређења, већ да се ситним, помало смешним поступцима крше правила у групи, која ће истраживача, због тога, прогласити чудаком. Онда је истраживач у бољој позицији да разуме крхке и флуидне процесе социјалне контроле, исто као и правила која људи користе да би сачували ограничења у својој култури. Овај се метод, и поред својих огромних теоријских потенцијала, не користи често. Од 1989. године истраживачи га примењују под именом социолингвистика.

Интервјуисање путем примене драматургије, или, једноставно драматургија, је техника вршења истраживања играњем улога или глумљењем својих склоности, у некој симболичној интеракцији или облику социјалног перформанса. Драматургија или социодрама је пропагирана од стране Ервинг Гофмана (Erving Goffman), раних шездесетих година 20. века.²⁷ Протагонисти су: цела група или део групе или појединац који представља неку групу. Социодрама се не бави унутрашњим светом појединца и његовим интерперсоналним односима, већ односима који владају у групама и унутар група (односи

²⁷ *Qualitative Social Science Research Methodologies*, loc.cit.

ауторитета у друштву, радној организацији, испитивање друштвених слојева и односа између њих).²⁸

Социометрија је мерење социјалне дистанце између чланова групе. Састоји се у процењивању привлачења и одбијања између појединаца у групи, као и са структуром групе, што је дефинисано осећањима. Метод је први установио социјални психолог, Морено (J.L. Moreno, 1934) и до данашњег дана увек подразумева графичко описивање структуре групних релација, што се назива социограм.²⁹ Базична метода укључује употребу папира и оловке, као и захтев да свака особа из групе најпре напише свој избор групних чланова, као партнера које желе у различитим активностима, па се релативно једноставно утврђује ко је „звезда“, а ко је „изоливан“.³⁰

Природни експеримент упућује на ситуацију у којој се догодио расцеп или подела између чланова групе и истраживачу се пружила прилика да проучи процес диференцирања социјалне структуре. Природни експеримент се често јавља у политичким наукама, кроз праћење промене прописа о убирању пореза од грађана или у случају када савезна држава приморава државе чланице да промене своју социјалну политику, радна места, образовање или саобраћајну политику. У историјско-компаративним истраживањима, природни експеримент се јавља када се нација окреће од комунизма ка капитализму. Економисти анализирају процват приватног бизниса, или пак рецесију, као облике природног експеримента.

Метод индивидуалног случаја или студија случаја или историјски метод (методолошки поступак увек описиван у домаћој криминолошкој књижевности, као и у земљама у окружењу) је аналитичко индуктивни метод који обезбеђује научно сазнање испитивањем појединачних случајева криминалног понашања и делинквента.³¹

Ненаметљива мерења су начини прикупљања података, у којима субјекти нису свесни да су предмет проучавања и некада се називају нереактивним мерама. Уобичајено садрже прикривене, необичне путеве сазнања и прикупљања података, који потпадају у једну од две категорије: „наношење“ или „спирање“. Наношење је одраз свега онога што људи остављају иза себе (смеће, на пример). Спирање значи све оно у околини људи или на људима што је похабано, уништено људском активношћу (старо одело, на пример). Испитавање графита и вандализма су примери примене ненаметљивих мера истраживања у кривичном праву.

28 Видети: Вељковић, Ј. Ђурић, З. *Психодрама и социодрама*, Центар за примењену психологију, Београд, 2003, стр. 68.

29 *Qualitative Social Science Research Methodologies*, loc.cit.

30 Вељковић, Ј. Ђурић, З. loc. cit.

31 Видети опширније: Konstantinović Vilić, S, Nikolić Ristanović, V, Kostić, M. op. cit., стр. 74, Арнаудовски, Ј. op. cit., стр. 114.

Садржајна анализа је пример технике прикупљања и анализирања садржине текста. Садржина текста одређује се према: речима, фразама, изрекама, пасусима у тексту, сликама, симболима и речима. То се често примењује у раду обавештајних или полицијских служби, када се надгледа дипломатска пошта, прислушкују телефони, чита садржина мејлова на Интернету (борба против тероризма, на пример).

Историографија је метод примене историјског истраживања или прикупљања или анализирања историјских података. Постоје четири врсте историјске евиденције: примарни извори, секундарни извори, покретни извештаји и поновно прикупљање података.

Секундарна анализа је поновна анализа података, који су првобитно сакупљени од стране неког другог истраживача, у друге сврхе, у односу на то шта садашњи истраживач жели тиме да постигне. Неколицина података у криминологији и кривичном праву постоји баш у ту сврху. Uniform Crime Report, на пример, може бити анализиран на више начина, па се често додају додатне варијабле у већ постојећи систем прикупљених података. Ова техника је већином квантитативна, па се квалитативни делови користе као вредносна провера квантитативних показатеља.³²

Квантитативне методе/технике у криминологији

Методи квантитативног истраживања се обично односе на мерење криминолошке или кривичноправне стварности. Ради разумевања овог процеса неопходно је одредити неколико термина. Појмови су апстрактне ознаке које се заснивају на стварности и које могу бити одређене нумеричким вредностима, које их чине варијаблама. Варијабле се затим проучавају, да би се истражили обрасци: релација; начина како две варијабле утичу једна на другу; узрока и последица. На најосновнијем нивоу, обично постоји најмање једна зависна варијабла и једна независна варијабла. Зависну варијаблу истраживач настоји да предвиди. Независна варијабла је та која узрокује, детерминише временски зависну варијаблу.

За настанак каузалитета потребно је испуњење три критеријума. Први је асоцијативност. У ствари, зависне и независне варијабле морају да упућују једна на другу. Други критеријум односи се на временско одређење. Независна варијабла мора да претходи временски зависној варијабли. Коначно, ту је и питање утврђивања постојања лажних односа, односно ако се однос између независних и зависних варијабли не заснива на варијацији неке треће, неуочене варијабле.

Постоје бројни методи квантитативног истраживања, доступни истраживачима, од којих већина потпада под рубрику *истраживачког поступка*,

32 *Qualitative Social Science Research Methodologies*, loc.cit.

који се слободно може одредити као план за истраживање, који укључује истраживање, односно давање одговора на питања: ко, шта, где, када, зашто и како. Ови истраживачки методи укључују: испитивање; експериментално и квази експериментално истраживање; истраживање кроз попречне пресеке; лонгитудинално истраживање; истраживање временских серија и мета анализу.³³

Испитивање је најчешће коришћен метод опсервације (посматрања), унутар друштвених наука, укључујући и криминологију. Испитивање укључује прикупљање информација из узорка састављеног од појединачних елемената, прецизније особа, путем њихових одговора на постављена питања. Технички, може се обавити усмено, непосредно од испитаника, али и путем: мејлова, телефона, компјутера. Испитивање се може обављати помоћу затворених и отворених питања. Отворена питања захтевају да испитаник одговори на одређено питање, својим речима, док затворена питања захтевају да испитаник изабере један од понуђених одговора.

Експериментално и квази експериментално истраживање су, према неким истраживачима, најбољи начини утврђивања узрока и последица које изазивају. Прави експеримент мора имати бар три саставна дела: две групе за поређење (експерименталну и контролну групу); промену у независној варијабли пре утврђивања промене у зависној варијабли; насумично утврђивање две или више група за поређење.

Многи експерименти садрже поступке пре и после тестирања. Претходне мере тестирања зависне варијабле претходе експерименталној интервенцији, док се касније примењују мере тестирања исходне варијабле, пошто је експериментална група добила одговарајући третман. Насумичност је оно што групу за поређење, у правом експерименту, чини моћним извором за идентификовање ефеката третмана. Класични експериментални дизајн постоји онда када је обављено претходно тестирање обе групе, затим интервенција само за једну, експерименталну групу, а потом тестирање за обе групе.

Код квази експеримента не постоји насумични одабир у односу на експерименталну и контролну групу, већ се то утврђује апроксимативно, пажљивим бирањем субјеката из две групе, помоћу неколико кључних варијабли. Два основна типа квази експеримента су: први, формирање неједнаких контролних група, које се састоје од групе за експеримент и групе за поређење, које се формирају пре примене третмана и које нису одређене насумичним приступом; и други, нацрти за испитивање пре-и-после, над којима се врши пре-и-после тестирање, без група за поређење.

Истраживање кроз попречне пресеке подразумева студије групе, у једном тренутку времена, дакле брзи пресек испитиваног феномена, па се зато односи

³³ *Criminology and Criminal Justice Research: Methods – Quantitative Research Methods*, <http://law.jrank.org/pages/923/Criminology-Criminal-Justice-Research-Methods-Quantitative-research-methods.html>, pristup: 31.10.2011.

на репрезентативне узорке група, при чему се резултати, односно налази истраживача генерализују.

Лонгитудиналне студије јављају се као: панел студије и студије кохорте. Оба приступа примењују се над истом групом, за неки период времена и уопштено се односе на процењивање унутар и између промена у групи. Панел студије прате исту групу или узорак кроз временски период, док се студијама кохорте изучава много специфичнија популација, онако како се мења кроз време.

Истраживање временских серија обично обухвата варијације мултипликованог посматрања исте групе (особа, градова, области), у току неког времена или сукцесивних тачака у времену. Обично се анализира једна варијабла (као што је ниво криминалитета, на пример), у периодима времена који следе један за другим. Овај методолошки поступак посебно је погодан за студије о примени нових закона или социјалних програма.

Мета анализа представља скорашњу истраживачку методологију. Приступ истраживању се састоји у квантитативној анализи онога до чега се дошло у мултипликованим студијама. У примени мета анализе, истраживачи треба да обједине резултате неколико студија и да начине неку врсту сажетка, састављеног од емпиријских показатеља о неком узроку и његовом дејству на појаву. Типичан пример мета анализе био би истраживање односа између растурене породице и делинквенције.³⁴

Коначно, без обзира на одређен предмет и у складу с тим примењени метод криминолошког истраживања, под условом јасно и прецизно примењеног научног следа радњи у истраживању, истраживачу увек остаје јасан циљ: не само површинско разумевање криминалног феномена, већ разоткривање тог сегмента друштвеног живота на нов начин. Сва стечена сазнања о феноменолошким и етиолошким показатељима испитиване појаве, већ у следећем истраживању о истој или сличној теми, имаће само карактер хипотеза, које треба верификовати. Само на тај начин могуће је применити увек боље, делотворније методе политике сузбијања криминалитета, јер ће теоријска полазишта само истраживањем добити емпиријску верификацију.

34 Ibidem

Prof. Miomira Kostić, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

***Handling Criminological Research:
Casting more light on the issue of applying adequate methodology***

Summary

Handling criminological research, or research in any other social science or scientific discipline, implies a clear and precise definition of the subject matter, setting the objectives of theoretical and empirical research, as well as the application of adequate methods, approaches and procedures aimed at arriving at the comprehensive understanding of the subject matter which is being studied. There is an underlying dilemma concerning the issue what is more significant in terms of obtaining valid scientific results: applying a qualitative or a quantitative research of a criminal phenomenon. This dilemma almost supersedes the need to clarify and present valid arguments, the reason for which is not to be found in the dilemma itself but primarily depends on the defined subject matter of criminological research and the specific level (macro or micro) where the criminal phenomenon is observed. The author illustrates some of the methodological procedures and approaches applied in the qualitative and quantitative research which are not usually cited in the national literature on criminology. In addition, the author points out that the foreign legal sources frequently make no distinction between the research method and research techniques which are used in the process of understanding a criminal phenomenon on the macro level. The presented qualitative procedures include: Participant-observation, Ethnography, Photography, Ethno-methodology, Dramaturgical Interview (drama techniques), Sociometry, Natural Experiment, Case Study, Unobtrusive Measures, Content Analysis, Historiography, and Secondary Analysis of Data. There are numerous quantitative research methods at researchers' disposal, most of which fall into the group of research proceedings such as: survey research, experimental and quasi-experimental research, cross-sectional research, longitudinal research, time series research, and meta-analysis).

Key words: criminology, method, qualitative and quantitative research methods.

ОСВРТ НА НЕКА СПОРНА ПИТАЊА О ИЗЈАВИ О ОДРИЦАЊУ ОД НАСЛЕЂА¹

Апстракт: Аутор у раду, кроз призму законских решења, теорије и судске праксе, осветљава поједине сегменте изјаве о одрицању од наслеђа: њену форму, рок у коме се она може дати, однос са правним основима позивања на наслеђе, њен опозив и неважност. Ослањајући се, у првом реду, на упоредноправну методу истраживања, аутор указује на сличности, али и на велике разлике у нормирању ових сегмената одрицања од наслеђа у: француском, руском, бугарском, немачком, словеначком, хрватском, македонском и домаћем праву. Аутор се залаже за то да се у домаћем праву јавном бележнику омогући активније учешће у поступку узимања наследничких изјава, да се регулише утицај одрицања од наслеђа по једном основу, у односу на друге правне основе наслеђивања, да се уреди питање могућности преиначења изјаве о одрицању од наслеђа и да се пропише рок за поништај изјаве о одрицању од наслеђа, због мана у изјављеној вољи.

Кључне речи: форма, рок, правни основ наслеђивања, опозив и неважност изјаве о одрицању од наслеђа.

Увод

У државама које су прихватиле систем *ipso iure* наслеђивања заоставштина умрлог лица непосредно прелази на његове универзалне или сингуларне сукцесоре *mortis causa* у тренутку отварања наслеђа.

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

Воља наследника, ипак, долази до изражаја. У систему *ipso iure* наслеђивања какав, рецимо, постоји у: француском,² руском³ и бугарском праву,⁴ наслеђе се стиче са његовим прихватањем, а наследник, уколико га не жели, може га се одрећи или га једноставно не прихватити, а оно производи дејство као да је учињено у време отварања наслеђа.⁵ У систему *ipso iure* наслеђивања какав постоји, примера ради, у: немачком,⁶ словеначком,⁷ хрватском,⁸ македонском⁹ и српском праву,¹⁰ наслеђе се стиче у време *delatio hereditatis* умрлог, без давања изјаве о пријему наслеђа. Међутим, наследнику је остављено да се наслеђа одрекне. Одрцање од наслеђа производи дејство *ex tunc*, од тренутка отварања наслеђа, и сматра се да уопште није дошло до преласка заоставштине.¹¹

2 За потребе овог рада, коришћен је Code civil, са изменама и допунама из 2006. године (La loi No 2006-728 du Juin 2006). Интегрални текст овог Закона може се наћи код А. Delfosse – J. F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris, 2006, стр. 329–389. У наставку рада, за овај Законик, биће коришћена и скраћеница СС.

3 За потребе овог рада употребљаван је Граждански кодекс Российской Федерации (части первая, вторая, третья и четвертая, с изменениями и дополнениями). Интегрални текст овог Законика може се наћи на сајту <http://www.interlaw.ru/law/docs/10064072>. У наставку рада, за овај Законик, биће коришћена и скраћеница ГКРФ.

4 За потребене овог рада коришћен је Закон за наследство (Обн. ДВ. бр. 22/1949, 41/1949, 275/1950, 41/1985, 60/1992, 21/1996, 104/1996, 117/1997, 96/1999, 34/2000, 59/2007 и 47/2009). Интегрални текст овог Закона може се наћи на сајту <http://www.lex.bg>. У наставку рада, за овај законски текст, биће употребљавана и скраћеница ЗНБ.

5 Видети, примера ради: чл. 776 СС.

6 За потребе овог рада употребљаван је Bürgerliches Gesetzbuch, из 1900. године, RGBI I S. 195, закључно са изменама и допунама из 2008. године, BGBI. I S. 2399). Интегрални текст овог Законика може се наћи на сајту: <http://www.dejure.org/gesetze/BGB/html>. У наставку рада, за овај Законик, биће употребљавана и скраћеница BGB.

7 За потребе овог рада коришћен је Закон о dedovanju (“Uradni list SRS”, бр. 15/76, 23/78; “Uradni list RS” 17/91, 13/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01 и 73/04). Интегрални текст овог Закона може се наћи на сајту <http://www.zakonodaja.gov.si/>. У продужетку рада, за овај законски текст, биће коришћена и скраћеница ZDSI.

8 За потребе овог рада употребљаван је Закон о nasljeđivanju Hrvatske (“Narodne novine”, бр. 48/2003 и 163/2003. Интегрални текст овог Закона може се наћи на сајту <http://www.narodne-novine.nn.hr/>. У продужетку рада за овај Закон биће коришћена и скраћеница ZNH.

9 За потребе овог рада коришћен је Закон за наследувањето (“Службен весник на РМ”, бр. 47/1996). Интегрални текст овог Закона може се наћи на сајту <http://www.pravo.org.mk>. У наставку рада, за овај законски текст, биће употребљавана и скраћеница ЗНМ.

10 За поребе овог рада употребљаван је Закон о наслеђивању Србије (“Службени гласник РС”, бр. 46/1995 и 101/2003). Интегрални текст овог Закона може се наћи у Paragraf Lex-овој бази података. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗНС.

11 Видети, на пример: пар. 1953, ст. 2 BGB.

Предмет наше пажње, у овом раду, јесу поједини сегменти одрицања од наслеђа, сагледани кроз призму права појединих европских држава, које су прихватиле систем *ipso iure* наслеђивања.

У раду чинимо покушај да укажемо на потребу измена и допуна домаћих наследноправних прописа и прописа о ванпарничној процедури, у делу који се односи на одрицање од наслеђа.

1. Форма изјаве о одрицање од наслеђа

Наследник се може одрећи наслеђа на начин и у форми које прописују законодавства.

Тако, у француском праву, изјава о одрицању од наслеђа мора бити дата искључиво у суду места отварања наслеђа. При томе, француски законодавац не прецизира форму саме изјаве о одрицању од наслеђа.¹²

Руски законодавац омогућава лицу позваном на наслеђе, да јавном бележнику или службеном лицу, овлашћеном за издавање уверења о наследству, у месту отварања наслеђа, саопшти усмено изјаву о одрицању од наслеђа. Ова наследничка изјава може се дати и у форми поднеска, али је битно да потпис на наследничкој изјави буде оверен.¹³

Бугарски законодавац инсистира на изјави о одрицању од наслеђа у писаној форми, упућеној реонском судији места отварања наслеђа, а одрицање од наслеђа мора бити уписано у посебну књигу, коју води реонски суд.¹⁴ Пракса изискује да потпис на исправи, у којој се налази одрицање од наслеђа, буде нотаријано оверен.¹⁵

Немачко право прописује усмену и писану форму за одрицање од наслеђа. Изјава о одрицању од наслеђа, у усменој форми, даје се на записник, искључиво пред оставинским судом. Изјава о одрицању од наслеђа може имати и форму званично овереног поднеска.¹⁶

У словеначком, хрватском, македонском и српском праву, такође, изјава о одрицању од наслеђа може имати усмену и писану форму, али се не инсистира на томе да се ова наследничка изјава директно даје оставинском суду, већ може овлашћеном судији, било ког стварно надлежног суда, као и дипломатском или конзуларном представнику те државе у иностранству. Изјава у форми поднеска мора бити оверена.¹⁷

12 Видети: чл. 804, ст. 2 СС.

13 Видети: чл. 1159, ст. 1 и 2 ГКРФ.

14 Видети: чл. 52, у вези са чл. 49, ст. 1 ЗНБ.

15 Детаљније о томе, видети код: Х. Тасев: *Българско наследствено право, нова редакција*, Г. Петканов – С. Тасев, София, 1993, стр. 150.

16 Видети: пар. 1945, ст. 1 BGB.

17 Видети: чл. 208, ст. 4 ZDSI, чл. 130, ст. 1 ZNH, чл. 169, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку Македоније (Закон за вонпарнична постапка, “Службен весник на РМ”, бр. 9/2008)

У теорији, изнето је схватање, да овера потписа од стране било ког органа за оверу не може бити довољна гаранција да је поднесак у коме је садржана негативна наследничка изјава заиста дата од стране наследника, и да таква изјава у потпуности одговара његовој правој вољи. Ако се већ усмена изјава о одрицању од наслеђа може дати само пред судијом, чиме се искључује сумња у аутентичност негативне наследничке изјаве, утолико је пре оправдано да оверу потписа и проверу целокупне садржине негативне наследничке изјаве врши судија стварног надлежног суда. Једино на тај начин, избегли би се спорови, који могу настати у вези постојања и садржине изјаве о одрицању од наслеђа, а познато је да овакви спорови успоравају кретање поступка за расправљање заоставштине, па самим тим и доношење решења о наслеђивању, јер закон у овом случају обавезује оставински суд да упути на парницу учесника оставинског поступка и да парнични суд о томе одлучује.¹⁸ Сматрамо изложено схватање и његову аргументацију прихватљивом.

Будући да је, на основу Закона о јавном бележничтву,¹⁹ поново уведена у наш правни систем ова правосудна професија, ваљало би са мером потребног опреза, узети у обзир могућност, и ако за сада за то нема директног покрића у самом законском тексту, да јавни бележници узимају наследничке изјаве, независно од тога да ли им суд поверава расправљање заоставштине или не.²⁰ Стручност, коју мора да има сваки јавни бележник, довољна су потврда да ће

и чл. 118, ст. 4 Закона о ванпарничном поступку Србије (“Службени гласник СРС”, бр. 24/1982, 48/1987; “Службени гласник РС”, бр. 46/1995, други закон, и 18/2005 – други закон).

18 Видети: Ђ. Павић, *О одрицању од наследства (наслеђа)*, Анали Правног факултета у Београду, 1956, стр. 418-419. О томе да потпис на изјави о одрицању од наслеђа мора бити судски оверен говоре: О. Антић – З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 558.

19 “Службени гласник РС”, бр. 31/2011.

20 Закон о јавном бележничтву Србије не прописује изричито да се ова врста ванпарничног поступка може поверити јавном бележнику, нити на такву могућност упућује, путем могућих измена и допуна Закона о ванпарничном поступку Србије. Системом негативне енумерације побројани су ванпарнични поступци који никако не смеју бити поверени јавним бележницима, а то су: проглашење несталога лица умрлим и доказивање смрти; лишење и враћање пословне способности; лишење, враћање и продужење родитељског права; задржавање у здравственој организацији која обавља делатност у области неуропсихијатрије; одређивање накнаде за експроприсану непокретност и вођење јавних књига и регистра. Тумачењем *argumentum a contrario* садржине чл. 98 и 99 Закона о јавном бележничтву Србије следи, да остали ванпарнични поступци, где спада и оставински поступак, могу, на основу одлуке надлежног суда, бити поверени јавном бележнику. Оваква недореченост српског законодавца никако неће користити сигурности правног промета, јер ће председници основних судова моћи, од случаја до случаја, поступати различито, када је реч о расправљању заоставштине, што ће доводити у питање примену начела једнакости грађана пред законом и истоветни третман странака, у погледу исте ванпарничне ствари.

он са успехом моћи да узима, како изјаве о пријему наслеђа, тако и изјаве о одрицању од наслеђа.²¹

2. Рок за давање изјаве о одрицању од наслеђа

Право наследника да се одрекне наслеђа временски је ограничено и оно му припада од тренутка отварања наслеђа оставиоца.²²

Тако, у француском праву, могући наследник (*successibile*) је, на основу тзв. права избора (*droit d'option*), насталог у тренутку отварања наслеђа, слободан да изабере једну од три могућности које закон прописује: да безусловно прихвати наслеђе, да прихвати наслеђе са привилегијом пописа или да се одрекне наслеђа.²³ Могући наследник не може бити принуђен да изврши избор између ових трију опција пре истека рока од четири месеца, рачунајући од дана отварања наслеђа.²⁴ Након протекла овог рока, наследника који се није определио у вези конкретног наслеђа, поверилац заоставштине, санаследник, супститут или држава могу позвати, једним вансудским актом, да се одлучи. Француски законодавац универзалном сукцесору оставља рок од два месеца, након позива, да се определи у погледу одређеног наследства, или да затражи од судије продужење рока, када није био у стању да заврши започети попис, или уколико наведе друге оправдане разлоге за то.²⁵ Уколико протекне рок од два месеца или истекне продужени рок, могући наследник сматра се универзалним сукцесором који је безусловно прихватио наслеђе.²⁶ Ако нико од заинтересованих лица не захтева од потенцијалног наследника да се определи и погледу конкретног наслеђа, он, у начелу, задржава право избора.²⁷ Право избора

21 Видети: чл. 25 Закона о јавном бележничтву Србије.

22 Видети, на пример: чл. 770 СС, чл. 1157, ст. 2, у вези са чл. 1154, ст. 1 ГКРФ, чл. 52, у вези са чл. 48 ЗНБ, пар. 1946 BGB, чл. 137, ст. 1 ZDSI, чл. 129, ст. 2 ZNH, чл. 132 ЗНМ и чл. 212, ст. 2 ЗНС.

23 Видети: чл. 768 СС.

24 Видети: чл. 771, ст. 1 СС.

25 Видети: чл. 772, ст. 1 СС.

26 Видети: чл. 772, ст. 2 СС.

27 Видети: чл. 773 СС. Ово правило трпи одступање у три случаја. Када је могући наследник прикрио наслеђена добра која припадају наследству, или је прикрио постојање неког од наследника, тада се сматра, према слову закона, да се наследник безусловно прихватио наслеђа, без могућности да претендује на било који део прикривених добара из оставинске масе (чл. 778 СС). Осим тога, безусловни пријем наслеђа повлачи и недепонавање у суду пописа заоставштине, у року од два месеца који почиње да тече од тренутка давања изјаве (чл. 790 СС). Исте последице продукује свесно и злонамерно пропуштање наследника да пописом обухвати целокупну активу и пасиву заоставштине или вредност задржаних добара или, пак, цену оних добара које је отуђио, а није наменио исплати поверилаца заоставштине (чл. 800, ст. 4 СС).

могућег наследника застарева у року од десет година,²⁸ рачунајући од отварања наслеђа, а уколико се у том временском периоду он не определи, сматра се да се наслеђа одрекао.²⁹ При томе, застаревање не тече докле год лице способно за наслеђивање, из законом одређених разлога, нема сазнања о настанку свог права, а нарочито о отварању наслеђу.³⁰

У руском праву, за одрицање од наслеђа важи рок од шест месеци, од дана отварања наслеђа, чак и да је наслеђе већ прихваћено. Уколико је наследник конклюдентном радњом изразио своју вољу о пријему наслеђа, суд може прихватити изјаву о одрицању од наслеђа и после истека овог рока, ако нађе да је разлог за пропуштање рока оправдан.³¹ Пропуштањем рока за пријем наслеђа могућем наследнику престаје право наслеђа.³²

У бугарском праву, свако заинтересовано лице има право да тражи од реонског судије, места где је отворено наслеђе, да наследнику одреди рок у коме може да прихвати или одбије наслеђе. Када је покренут парнични поступак између наследника одређеног оставиоца, тај рок онда одређује судија који га води.³³ Бугарски законодавац експлицитно одређује и главну последицу пропуштања одређеног рока. Тада наследник губи право наслеђа.³⁴

У немачком праву, наследнику се даје могућност да се, у року од шест недеља од стицања сазнања о отварању наслеђа³⁵ и правног основа позивања на наслеђе, одрекне наслеђа. Уколико је лице позвано да наследи одређеног оставиоца на основу завештања, тај рок, од шест недеља, никако не може

28 До ступања на правну снагу измена и допуна Француског грађанског законика, из 2006. године, у примени је био тридесетогодишњи рок застарелости. О разлозима за скраћивање овог рока, видети опширније код: J. Maury, *Successions et libéralités*, Paris, 2007, стр. 79.

29 Видети: чл. 780, ст. 1 и 2 СС.

30 Видети: чл. 780, ст. 5 СС. Ради се заправо о кодификацији судске праксе. Наведено према: A. Delfosse – J. F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris, 2006, стр. 14.

31 Видети: чл. 1157, ст. 2 ГКРФ.

32 Грађански кодекс Руске Федерације се о томе не изјашњава, а у теорији је највише присталица овог схватања. Видети, на пример: П. С. Никитјук, *Наследственное право и наследственный процесс*, Кишнев, 1973, стр. 185; Б. А. Булаевский и сарадници, *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный)*, Москва, 2007, стр. 157.

33 Видети: чл. 51, ст. 1 ЗНБ.

34 Видети: чл. 51, ст. 2 ЗНБ.

35 Видети: BGH FamRZ 2000, 1504=ZEV 2000, 401, где се захтева поуздано сазнање, које може недостајати у случају стварне или правне заблуде у погледу основа позивања на наслеђе. Наведено према: Leipold 2002, 222.

почети да тече пре проглашења завештања.³⁶ Протеком рока, без изјашњавања наследника, наслеђе се сматра прихваћеним.³⁷

Словеначки и македонски законодавац, преузимајући решење, садржано у савезно Закону о наслеђивању,³⁸ прописују да се изјава о одрицању од наслеђа може дати до окончања расправе заоставштине.³⁹ ⁴⁰ У хрватском и домаћем праву, рок за одрицање од наслеђа омеђен је тренутком доношења првостепене одлуке оставинског суда.⁴¹ Протеком наведеног рока, недавање изјаве о одрицању од наслеђа подразумева прихватање наслеђа.⁴² “Контумација дакле има дјеловање стјецања, а не губљења права”.⁴³

У односу на сва изложена решења појединих иностраних законодавстава, мишљења смо да су најприхватљивија она, садржана у Закону о наслеђивању Хрватске и домаћем Закону о наслеђивању, будући да су врло прецизна и да се омогућава лицима која долазе на место универзалног сукцесора који се одрекао наслеђа, да се, у релативно кратком временском периоду, давањем наследничке изјаве, изјасне о прихватању или одрицању од наслеђа, што ствара мању неизвесност у погледу носиоца наслеђених права и обавеза (дужности), а што опет води већем степену правне несигурности.

3. Одрицање од наслеђа и правни основи позивања на наслеђе

Наследник се не може одрећи наслеђа делимично по једном правном основу позивања на наслеђе,⁴⁴ али је дозвољено одрицање од наслеђа по једном правном основу, а прихватање наслеђа по другом правном основу.⁴⁵

У теорији је заузет јединствен став у погледу могућности законског наследника, који је истовремено позван на наслеђе завештањем, да се одрекне наслеђа на основу закона. Завештајни наследник, који је уједно и законски наследник, одрицањем од наслеђа на основу закона и даље задржава наследничко својство. Међутим, у погледу могућности наследника, позваног на наслеђе

36 Видети: пар. 1944, ст. 2 BGB.

37 Видети: пар. 1947 BGB.

38 “Службени лист ФНРЈ”, бр. 20/1955; “Службени лист СФРЈ”, бр. 19/1965, 42/1965.

39 Видети: чл. 133, ст. 1 ZDSI и чл. 128, ст. 1 ЗНМ.

40 У словеначкој правој теорији законодавчеве речи “до окончање расправе заоставштине” ближе се појашњавају тренутком доношења одлуке оставинског суда у првом степену. Видети: К. Zupančič: *Dedovanje, z uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, 2005, стр. 114.

41 Видети: чл. 130, ст. 1 ZNH и чл. 213, ст. 1 ЗНС.

42 Видети: чл. 220, ст. 2 ZNH и чл. 219, ст. 1 ЗНС.

43 Č. Rajačić, *Teorija nasljeđivanja (kao pravne ustanove)*, Zagreb, 1956, стр. 41.

44 Видети: чл. 769, ст. 1 СС, чл. 1158, ст. 1 ГКРФ, чл. 54, ст. 1 ЗНБ, пар. 1950 BGB, чл. 136, ст. 1 ZDSI, чл. 133, ст. 1 ZNH, чл. 131, ст. 1 ЗНМ и чл. 214, ст. 2 ЗНС.

45 Видети: чл. 769, ст. 2 СС, пар. 1948 BGB и чл. 1158, ст. 3 ГКРФ.

на основу завештања и на основу закона, да се одрекне наслеђа на основу завештања, не постоји сагласност у правној литератури. Док једни не праве разлику у погледу одрицања од наслеђа на основу завештања и на основу закона,⁴⁶ други сматрају да се наследник не може одрећи наслеђа на основу завештања, а прихватити наслеђе на основу закона, јер би то било противно вољи оставиоца, а уколико би се и одрекао завештајног наследног дела, престаје му својство наследника, без обзира на прихваћено наслеђе на основу закона.⁴⁷

Иако се као проблем у пракси не може често јављати, јер се наследници, с једне стране, ретко одричу наслеђа, а с друге стране, ако и то учине, чине у целости, сигурност правног промета налаже да се и оваква ситуација правно уреди. Мишљења смо да би наследнику требало дозволити могућност избора између законског и завештајног наследног дела, на штету овог другог, јер добровољност у наслеђивању мора бити максимално уважена. Ово правило трпело би одступање једино у случају да завешталац услови стицање законског наследног дела завештајним наследним делом.

У теорији је, такође, спорно да ли се наследник може одрећи законског наследног дела, а прихватити нужни део. Једна група теоретичара сматра да је то немогуће, јер је нужни део само део законског наследног дела, те одрицање од наслеђа на основу закона аутоматски повлачи и одрицање од нужног дела.⁴⁸ Други теоретичари сматрају да је нужни део наследноправна установа са посебном правном физиономијом, различитом од законског наследног дела. У прилог тој одвојености (посебности) нужног дела од законског наследног дела иде и посебна тужба за остварење права на нужни део, у случају његове повреде. И баш због тога, сматрају заговорници овог мишљења, могуће је одрећи се наследног дела, а прихватити нужни део.⁴⁹ Чини се да има више оправдања прихватити прво изложено мишљење. Сваки нужни наследник је истовремено и законски наследник, те једно лице не може имати својство нужног наследника, ако по правилима редовног законског наслеђивања није позвано на наслеђе. Нужни део појединог нужног наследника јесте део његовог законског наследног дела. Ако би се наследник одрекао законског наследног дела, нестао би темељ,

46 Видети: М. Митић, *Наследничка изјава*, Правна мисао, бр. 9–10/1969, стр. 54; Б. Благојевић – О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, стр. 461; О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 559; А. Delfosse – J. F. Peniguel, *op. cit.*, стр. 21.

47 Видети: S. Zuglia, *Vanparnični postupak*, Zagreb, 1956, стр. 63; С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 102; В. Ђорђевић – С. Сворцан, *Наследно право*, Београд, 1992, стр. 179.

48 F. Stanković, *Sticanje ostavine i odricanje od nasljedstva*, Naša zakonitost, бр. 3–4/1957, стр. 130; М. Крећ – Ђ. Павић, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, стр. 448.

49 Видети: S. Zuglia, *op. cit.*, стр. 63; М. Митић, *op. cit.*, стр. 55; Б. Визнер, *О правној судбини нужног дјела у случају одрицања нужног наслеђеника од наслеђства*, Правни живот, бр. 6/1967, стр. 11; А. Delfosse – J. F. Peniguel, *op. cit.*, стр. 21.

основа за израчунавање вредности његовог нужног дела, те је неприхватљиво одбити наслеђе на основу закона, а прихвати нужни део. Међутим, сматрамо да је могуће одрицање наследника од права на нужни део, а прихватање законског наследног дела.

Посленици правне мисли се углавном слажу да се завештајни наследник, који је истовремено и нужни наследник, може одрећи нужног дела, а прихватити завештајни наследни део. Међутим, питање је да ли би се завештајни наследник, који је истовремено и нужни наследник могао одрећи наслеђа на основу завештања, а прихватити нужни део. И поред изнетог мишљења у теорији да је то могуће,⁵⁰ мишљења смо да је таква комбинација неприхватљива због чињенице да је она у пракси тешко замислива. Наиме наследник, који би се одрекао завештајног наследног дела, могао би доћи у такву ситуацију, да у циљу намирања нужног дела, тражи редукацију завештајних располагања и враћање поклона, ако је повређено право на нужни део као наследно право или исплату одговарајуће новчане противвредности, уколико је повређено право на нужни део као облигационо овлашћење.

Осим изнетих дилема, дискутабилно је и како протумачити вољу наследника, уколико се изјава о одрицању од наслеђа односи на право наслеђа, без прецизирања о ком правном основу је реч, ако је он позван на наслеђе на основу више правних основа. Домаћи законодавац на постављено питање не даје одговор. Насупрот њему, немачки и хрватски законодавац експлиците одређују да се тако дата наследничка изјава, према свом правном волумену, односи на сваки правни основ позивања на наслеђе.^{51 52}

4. Изјава о одрицању од наслеђа и њен опозив

Анализа законских решења посвећених опозиву изјаве о одрицању од наслеђа показује да је она, у начелу, неопозива.^{53 54} Изјава о одрицању од наслеђа не може бити опозвана ни у односу на основ позивања на наслеђе.⁵⁵

50 Видети, на пример: М. Митић, *op. cit.*, стр. 54; Б. Благојевић – О. Антић, *op. cit.*, стр. 461; Т. Е. Абова и сарадници, *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей*, Москва, 2004, стр. 65.

51 Видети. пар. 1949, ст. 2 BGB и чл. 220, ст. 7 ZNH.

52 О томе, опширније видети код: N. Gavella – V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 104.

53 Видети: пар. 1943 BGB, чл. 138, ст. 1 ZDSI, чл. 135, ст. 1 ZNH, чл. 133, ст. 1 ЗНМ и чл. 214, ст. 3 ЗНС.

54 Бугарски законодавац то изричито не одређује, али теорија јединствено заузима став у прилог неопозивости наследничке изјаве. Видети, на пример: Х. Тасев, *op. cit.*, стр. 152; Г. Господинов, *Наследство и делбата му*, Софија, 1995, стр. 77.

55 Видети: одлуку Окружног суда у Задру, Гж. 917/85, од 20.11.1985. године, Преглед судске праксе, бр. 29/1986, стр. 105-106 и одлуку Врховног суда Србије, Рев. 504/62, од 26.04.1962, Збирка судских одлука, VIII (1962), 1, 8.

Од овог правила, одступају француски и руски законодавац.

Француско право дозвољава опозив изјаве о одрицању од наслеђа под условима прописаним у чл. 807 СС. Наиме, наследник може, под условом да није протекао рок застарелости његовог права избора, опозвати изјаву о одрицању од наслеђа, уколико неки други наследник изричито или прећутно није прихватио наслеђе, или у случају да држава није ушла у посед тог наследства. За наследника који је опозвао изјаву о одрицању од наслеђа сматра се да се никада није ни одрекао наслеђа и њему припада право да безусловно прихвати наслеђе.

Став француске правне теорије је да могућност опозива изјаве о одрицању од наслеђа закон признаје да би се избегло постојање заоставштине без наследника. И поред опозване изјаве о одрицању од наслеђа, права трећих лица, стечена на основу одржаја или на основу правних послова закључених са стараоцем заоставштине остају на снази.⁵⁶

Иако је став руског законодавца врло јасан, прецизирајући да се изјава о одрицању од наслеђа не може касније опозвати или изменити, он, ипак, на мала врата, уводи такву могућност, кроз решење да се наследник може одрећи наслеђа, у законом прописаном року, чак и да га је претходно прихватио. Исти третман има и случај одрицања од наслеђа, после фактичког прихватања истог, уз додатак да се наследник може одрећи наслеђа и мимо утврђеног рока, под условом да суд нађе да су разлози за пропуштање рока оправдани.⁵⁷ Оваква законска формулација, у руској правној теорији, оправдава се следећим аргументима: не може учинити штету другим наследницима и гарантује нормалан ток процеса преласка заоставштине са умрлог лица на његове сукцесоре, будући да се све то дешава у року за пријем и одрицање од наслеђа.⁵⁸

У државама које не дозвољавају опозив изјаве о одрицању од наслеђа, она, по правилу, не може бити ни преиначена, тј. измењена њена садржина. Изузетно, могуће је њено преиначење, уколико претходно буде поништена. У извесним случајевима, теорија допушта преиначење негативне наследничке изјаве и без њеног претходног поништења. Према једном мишљењу,⁵⁹ преиначење изјаве о одрицању од наслеђа могуће је и без поништења, само ако су настале нове чињенице или се сазнало да су извесне чињенице постојале у тренутку давања изјаве, и да оне битно мењају правни положај наследника, који је дао такву изјаву и то под условом да је постојање таквих чињеница утврдио суд. Пристајање на преиначење, од стране осталих наследника, а уз постојање ових чињеница, не може довести до преиначења. Према другом схватању,⁶⁰ наследничка изјава

⁵⁶ Видети: Ph. Malaurie – A. Aynès, *Les successions, Les libéralités*, Paris, 1995/1996, стр. 144-146.

⁵⁷ Видети: чл. 1157, ст. 2 и 3 ГКРФ.

⁵⁸ Опширније о томе, видети код: Т. Е. Абова и сарадници, *op. cit.*, стр. 65.

⁵⁹ М. Крећ – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 470.

⁶⁰ F. Stanković, *op. cit.*, стр. 129.

може се преиначити пристанком осталих наследника на то, али она мора бити мотивисана неким од разлога за поништај наследничке изјаве, а пристанак наследника мора садржати и признање да је наследничка изјава дата услед мана воље.

Уважавајући аргументацију, у изложеним схватањима, чини се прихватљивим да до преиначења изјаве о одрицању од наслеђа може доћи само после њеног поништаја, будући да је измена садржине наследничке изјаве вид давања нове наследничке изјаве. Изузетно, могло би бити допуштено преиначење изјаве о одрицању од наслеђа, и без претходног поништаја, уколико настанак нових чињеница у битном мењају положај даваоца изјаве, а суд утврди постојање тих правно релевантних чињеница.

5. Ништавост и рушљивост изјаве о одрицању од наслеђа

Изјава о одрицању од наслеђа, дата од стране потпуно пословно неспособног наследника, сматра се апсолутно ништавом и не производи никакве правне последице. Ово важи и за негативну наследничку изјаву која није дата у законом одређеној форми, као и за наследничку изјаву која има недозвољену садржину (нпр. неко се одриче наслеђа које није отворено, или се наследник само делимично одриче наслеђа, или је одрицање наслеђа везано за услов или рок).⁶¹

Право на истицање ништавости негативне наследничке изјаве припада свим заинтересованим лицима и оно је незастариво. Такође, о ништавости изјаве о одрицању од наслеђа суд води рачуна по службеној дужности.

Одлука суда, којом је једна изјава о одрицању од наслеђа оглашава апсолутно ништавом има декларативни карактер, и њом се само утврђује да је дата наследничка изјава апсолутно ништава и да није произвела никакво дејство.

Ништава изјава о одрицању од наслеђа не може произвести никакве правне последице, и сматра се непостојећом од тренутка када је дата.

Наследник датој изјави о одрицању од наслеђа не може одузети важност, али може тражити њен поништај ако је она последица принуде, претње, преваре или заблуде,⁶² дакле ако постоји противуречност, несклад, између онога што се хтело и дате наследничке изјаве. Од овог правила, донекле, одступа бугарски

⁶¹ Словеначки, хрватски и македонски законодавац не спомињу орочено одрицање од наслеђа, за разлику од јасне манифестације воље у том правцу француског, немачког, руског, бугарског и домаћег законодавца. Упоредити: чл. 136, ст. 1 ZDSI, чл. 133, ст. 1 ZNH и чл. 131, ст. 1 ZHM са чл. 768 CC, пар. 1947 BGB, чл. 1158, ст. 2 ГКРФ, чл. 54, ст. 1 ЗНБ и чл. 214, ст. 1 ЗНС.

⁶² Видети: чл. 777 CC, пар. 1954 BGB, чл. 138, ст. 2 ZDSI, чл. 135, ст. 2 ZNH, чл. 133, ст. 2 ZHM и чл. 214, ст. 4 ЗНС. У руском праву, поништај изјаве о одрицању од наслеђа може се остварити из разлога и на начин предвиђен ГКРФ, за рушљиве правне послове, на основу чл. 178 и чл. 179 ГКРФ. Детаљније о томе, видети код: Т. Е. Абова и сарадници, *op. cit.*, стр. 64.

законодавац, прописујући немогућност поништаја изјаве о одрицању од наслеђа због заблуде.⁶³

Поништај изјаве о одрицању од наслеђа, због мана у изјављеној вољи, овлашћен је да тражи једино наследник који је такву наследничку изјаву дао. Другим наследницима то право не припада, а не припада ни испорукопримцима, јер је њихово право на испоруку у сваком конкретном случају обезбеђено. Поништај изјаве о одрицању од наслеђа не могу тражити ни повериоци наследника.⁶⁴ Суд, такође, није овлашћен да по службеној дужности утврђује да ли је негативна наследничка изјава одраз праве воље наследника, будући да се то претпоставља.⁶⁵

Поништај негативне наследничке изјаве могућ је ако постоји заблуда о садржини саме изјаве, уколико се, дакле, претпостави да је наследник не би дао, знајући право стање ствари и разумно оцењујући случај⁶⁶ (нпр. наследник није био свестан чињенице да се његово понашање – исплата дуга повериоцима заоставштине сматра актом прихватања наслеђа).⁶⁷ Такође, разлог побијања може бити и заблуда о правним последицама дате изјаве о одрицању од наслеђа (нпр. наследник се, на основу погрешног савета, одрекне права на нужни део, а прихвати завештајни наследни део, иако његова вредност није већа од половине законског наследног дела).⁶⁸ Осим тога, правно релевантном заблудом сматра се и она заблуда која се односи на постојање рока за одрицање од наслеђа,⁶⁹ затим погрешна представа о факторима који утичу на вредност заоставштине,⁷⁰

63 Видети: чл. 54, ст. 2 ЗНБ.

64 Повериоцима наследника припада право да, путем *actio Pauliana*, побијају изјаву о одрицању од наслеђа, ако су њоме оштећени. Видети, примера ради: чл. 1167 СС и чл. 56 ЗНБ. Осим тога, француски законодавац омогућава повериоцима лица које се уздржава од од прихватања наслеђа, или које одустаје од наследства, на штету његових права, да могу добити судско овлашћење да прихвате наслеђе уместо њега (чл. 779, ст. 1 СС). При томе, прихватање наслеђа може бити само у корист поверилаца који су се суду обратили и до износа њихових потраживања. Оно нема других дејстава у погледу наследника. Опширније о томе, видети код: А. Delfosse – J. F. Peniguel, *op. cit.*, стр. 18.

65 М. Крећ – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 469.

66 Видети: пар. 119 BGB.

67 Пример наведен код: D. Leipold, *Erbrecht*, Tübingen, 2002, стр. 224.

68 Видети: OLG Hamm Rpfleger 1981, 402. Наведено према: D. Leipold, *op. cit.*, стр. 225, нап. бр. 14. Да заблуда о праву не може имати за могућу последицу поништај наследничке изјаве сведочи: одлуку Врховног суда Хрватске, Рев. 345/91, од 05.06.1991. године. Наведено према: М. Видовић – А. Марковић, *Pravni praktikum, Imovinskopravni i nasljednopravni odnosi u praksi*, Zagreb, 2001, стр. 808-809.

69 Видети: OLG Hamm FamRZ 1985,1185. Наведено према: D. Leipold, *op. cit.*, стр. 225, нап. бр. 16.

70 Видети: BGHZ 106, 359=NJW 1989, 2885. Наведено према: D. Leipold, *op. cit.*, стр. 226, нап. бр. 22.

заблуда о мотиву,⁷¹ као и заблуда о постојању ограничења у наслеђивању, због одређивања супститута.⁷²

За поништај изјаве о одрицању од наслеђа европска законодавства прописују одређене рокове.

Тако, у француском праву, поништај изјаве о одрицању од наслеђа може се тражити у року од пет година, рачунајући од дана када су заблуда и превара откривене или је принуда престала.⁷³

У немачком праву, поништај негативне наследничке изјаве могућ је у субјективном року од шест недеља,⁷⁴ од сазнања за разлог за побијање, односно престанка принуде и у објективном року од тридесет година, од тренутка давања такве изјаве.⁷⁵

У руском праву, за поништај изјаве о одрицању од наслеђа аналогно се примењују правила о роковима који важе за поништај правних послова, због мана воље, а то је рок од једне године, од престанка принуде или претње, под чијим утицајем је настао правни посао, или од дана када је лице, које захтева поништај правног посла, сазнало или морало знати о постојању околности које имају за последицу поништај правног посла.⁷⁶

У македонском праву, за поништај изјаве о одрицању од наслеђа прописана су два рока: субјективни, од једне године од дана сазнања за разлоге због којих се може поништити наследничка изјава, односно престанка принуде. То право, у сваком случају, престаје по протеклу рока од три године од правноснажности решења о наслеђивању.⁷⁷

Руско, бугарско, словеначко, хрватско и домаће право, изричито не одређују рок у коме се може тражити поништај изјаве о одрицању од наслеђа.⁷⁸

71 У том правцу, видети: одлуку Врховног суда Србије, Рев. 701/81, Збирка судских одлука из области грађанског права (1973–1986), Београд, 1986, бр. 836. Супротно мишљење, видети у одлуци Врховног суда Војводине, Рев. 444/87, од 20.05.1987, Судска пракса, бр. 1/1988, стр. 39-40.

72 Видети: BayObLG ZEV 1996, 425 (mit abl. Anm. Edenfeld) = Rpfleger 1996, 510. Наведено према: D. Leibold, *op. cit.*, стр. 226, нап. бр. 23.

73 Видети: чл. 777, ст. 2 СС.

74 Рок се продужава на шест месеци, уколико је завешталац последње пребивалиште имао у иностранству или ако наследник, пре почетка рока, борави у иностранству. Видети: пар. 1954, ст. 3 BGB.

75 Видети: пар. 1954, ст. 1, 2 и 5 BGB.

76 Видети: чл. 181 ГКРФ.

77 Видети: чл. 133, ст. 3 ЗНМ.

78 Подсећамо да је српски законодавац за поништај завештања, због мана у изјави последње воље, предвидео рокове. Видети: чл. 169 ЗНС.

У домаћој теорији⁷⁹ и судској пракси⁸⁰ углавном је прихваћено схватање да, када је реч о поништају негативне наследничке изјаве због мана у изјављеној вољи, ту треба применити рокове, предвиђене Законом о облигационим односима, за поништај рушљивих правних послова,⁸¹ а то су рок од једне године, од сазнања за разлог рушљивости, односно престанка принуде и рок од три године, од давања наследичке изјаве.

Мишљења смо да аналогна примена прописа о рушљивим правним пословима, из Закона о облигационим односима, не одговара природи изјаве о одрицању од наслеђа и њеној везаности за поступак за расправљање заоставштине. Наиме, поништајем изјаве о одрицању од наслеђа отвара се простор давању нове наследничке изјаве, а како се она може дати само до краја првостепеног поступка за расправљање заоставштине, поништај негативне наследничке изјаве могућ је само до краја првостепеног оставинског поступка. По нашем мишљењу, изузетно, требало би дозволити поништај изјаве о одрицању од наслеђа и после окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине, и то онда када се накнадно пронађе део заоставштине. Тада не би требало, како то одређује српски законодавац, дозволити давање нове наследничке изјаве,⁸² већ тражити поништај изјаве о одрицању од наслеђа која је последица заблуде наследника у погледу онога што чини заоставштину.

Наследник који тражи поништај изјаве о одрицању од наслеђа, мора у поступку за расправљање заоставштине изнети чињенице које иду у прилог несагласности изјаве о одрицању од наслеђа и његове праве воље. Ако међу санаследницима нема спора о тој несагласности, дакле ако се наследници сложе да постоје недостаци у вољи наследника, а оставински суд утврди постојање чињеница из којих произлази релативна ништавост наследничке изјаве, он ће донети одлуку, конститутивног карактера, којом се негативна наследничка изјава поништава. Поништајем изјаве о одрицању од наслеђа, она престаје да производи дејство уназад, те се сматра да није ни дата.⁸³ Немачки законодавац, у погледу дејстава поништаја наследничке изјаве, експлиците одређује, да

79 Видети: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 560; С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*, Крагујевац, 2004, стр. 579-589; И. Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 2005, стр. 348.

80 Видети: одлуку Врховног суда Србије, Рев. 548/82, Збирка судских одлука из области грађанског права (1973–1986), стр. 179; одлуку Врховног суда Србије, Рев. 1357/88, од 28.09.1988, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/1989, стр. 29-30, одлуку окружног суда у Краљеву, Гж. бр. 851/89, од 18.10.1989, Судска пракса, бр. 4/1990, стр. 41; одлуку Врховног суда Србије, Рев. 6396/97, 24.03.1998, Судска пракса, бр. 5/2000, стр. 32-33.

81 Видети чл. 117 овог законског текста (“Службени лист СФРЈ”, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; “Службени лист СРЈ”, бр. 31/1993; “Службени лист СЦГ”, бр. 1/2003).

82 Исто решење експлиците је садржано и у чл. 133, ст. 2 ZNH и чл. 185, ст. 2 ЗВПМ.

83 Опширније о томе, видети код: М. Креч – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 472.

побијање изјаве о пријему наслеђа важи као одрицање од наслеђа, а побијање изјаве о одрицању од наслеђа важи као прихватање наслеђа.⁸⁴

Ако међу наследницима постоји спор о чињеницама од којих зависи да ли ће изјава о одрицању од наслеђа бити поништена или не, оставински суд прекида расправљање заоставштине и упућује наследнике да тај спор реше у парници.⁸⁵

Закључна разматрања

Упоредноправни преглед законских решења посвећених: форми изјаве о одрицању од наслеђа, року за њено изјављивање, вези одрицања од наслеђа по једном правном основу у односу на друге основе позивања на наслеђе, опозиву и неважности ове наследничке изјаве указују на сличности, али и на велике разлике у нормирању ових сегмената одрицања од наслеђа.

Опредељење домаћег законодавца да давање изјаве о одрицању од наслеђа веже за тренутак окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине, и да она има својство неопозивости, доприноси стабилности у наследноправним односима и већој сигурности у правном промету.

Будуће измене и допуне домаћег Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку требало би: да јавном бележнику омогуће активније учешће у поступку узимања наследничких изјава, да уреди питање могућности преиначења изјаве о одрицању од наслеђа, да пропишу рок за поништај изјаве о одрицању од наслеђа, због мана у изјављеној вољи, и да регулишу утицај одрицања од наслеђа по једном основу, у односу на друге правне основе наслеђивања.

⁸⁴ Видети: пар. 1957, ст. 1 BGB.

⁸⁵ У ситуацији да су спорне чињенице од којих зависи поништај изјаве о пријему наслеђа, оставински суд о томе одлучује, будући да до упућивања на парницу долази искључиво када постоји спор о чињеницама да ли се неко од наследника одрекао наслеђа (*argumentum a contrario* чл. 119, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку Србије).

Проф. др Наташа Стојановић

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

Some Disputed Issues concerning the Declaration on Renouncing a Succession

Summary

In the light of the current legislation, legal theory and judicial practice, the author of this article casts more light on some segments of the declaration on renouncing a succession right: its form, the time limit within which it may be made, its correlation with the testate and intestate grounds for invoking a succession right, its revocation and invalidation. Relying primarily on the comparative research method, the author points out to the similarities as well as huge differences in the regulation of these segments on renunciation of succession rights in the French, Russian, Bulgarian, German, Slovenian, Croatian, Macedonian and Serbian legislation. The author urges the Serbian legislator to make provisions which would enable the notary public to take a more active role in the proceeding of taking these declarations, to regulate the individual impact of renouncing a succession right on the basis of one legal ground as related to other legal grounds of succession, and to prescribe the time limit for invalidating the declaration on renouncing a succession due to some flaws in the declaration.

Key words: *form, time limit, legal grounds for succession, revocation and invalidation of declaration renouncing a succession.*

НАЧЕЛО ИСТИНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

***Апстракт:** Философско поимање истине, њена кривичнопроцесна димензија, која укључује остваривање истине као врхунског циља покренутог кривичног поступка, као и нормативно одређење истинитог сазнања одлучних чињеница, заслужују пажњу у аналитичком осврту на начело истине. Комплетан приступ аналитичкој обради овог основног начела кривичног процесног права налаже и указивање на одступања од његове доследне примене, а, надасве, и на актуелне тенденције потискивања начела истине из каталога основних принципа кривичне процедуре.*

***Кључне речи:** истина, кривични поступак, философија, одступања.*

Опште напомене

Кривични поступак представља институционални оквир одлучивања о основности кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног. Стога се као императив намеће стварање нормативних претпоставки за потпуно и истинито утврђивање чињеничне конструкције и правне основице кривичне ствари, која чини предмет кривичног поступка. Реални друштвени догађај, у виду инкриминисаног понашања, мора, кроз закониту и правилну судску одлуку, добити свој правни израз. Основни постулати владавине права, али и правичног поступања, налажу да се судске одлуке морају заснивати на истинито утврђеним чињеницама. То поготово важи за одлуке кривичних судова, којима се ограничавају елементарна права човека. Стога, стандардизована формулација »суд је утврдио чињенице, и, на основу њих, одлучио је као у изреци«, не представља отелотворење правног силогизма, већ циљ коме се тежи од момента покретања механизма кривичног поступка.

Истина, понајпре, представља философску категорију. Философија и њене примењене дисциплине настоје да дефинишу истину, и да одреде домете њеног сазнања у реалности. Осим тога, значај истинитог утврђивања чињеничне основице судских одлука, одређује и важност чињеница за остварење задатка кривичног поступка. Као приоритетни циљ чињеничне реконструкције кривичног

догађаја, утврђивање судске истине понекад се подређује остваривању неких других захтева, првенствено оних проистеклих из основних хуманистичких принципа. Стога је пред креаторима нормативног миљеа кривичне процедуре задатак на створе оптималне законске претпоставке за утврђивање одлучних чињеница у кривичном поступку, а да, истовремено, пронађу праву меру ограничавања истине уважавањем основних хуманистичких постулата.

1. Философски појам истине

Почев од античких времена, философска мисао је трагала је за дефинисањем истине. Међу првима, настале су *кореспонденцијске* теорије истине, по којима је истина “слагање са стварношћу”. Истина је потпуна сагласност наше представе, односно нашег сазнања о тој чињеници с оним, како она у стварности постоји, или како је у стварности постојала. То је потпуна подударност нашег суда или наше представе о прошлим догађајима, или о садашњем стању неког предмета, са стварношћу тог догађаја, односно стања, подударност која искључује могућност супротног.

Платон је, у свом делу “Софист”, развио један вид кореспонденцијске теорије истине, првенствено кроз критику схватања да је истинито мишљење усмерено ка оном што јесте, док је неистинито мишљење усмерено ка оном што није. Платон истиче да, једнако као што виђење и слушање ничега значи да се уопште не гледа и не слуша, тако и мишљење онога што није, значи уопште не мислити, па тако то не може ни бити мишљење, чак ни неистинито. У каснијим временима, ово схватање се називало егзистенцијском теоријом истине.

Према схватањима *Аристотела*, истина је својство које се не може приписати стварима, већ само људском мишљењу; будући да се мишљење изражава говором, тако су и истинитост и њен антипод (лажност) у првом реду атрибути говора. Истина се састоји у односу који постоји између говора и онога што јесте. Специфичан однос између (истините) везе појмова и везе ствари Аристотел није посебно именово. За њега је истинита она веза појмова, код које су предмети означени појмовима уистину повезани, а лажна она, код које то није случај.

Сличан приступ дефинисању истине имали су, у средњем веку, неоплатонисти, чије је ставове уважавао и Тома Аквински. Сагласно том приступу, “*Veritas est adequatio rei et intellectus*”. У ово доба се термин “кореспонденција” замењује изразом “адекватација”.

У европској философској традицији настају *објективистичке* теорије истине. Протагонисти ове теорије из поимања истине избацују све субјективне елементе, односно човека и његову сазнајну активност. Истина егзистира независно од људског света, она постоји као “својство “битка по себи”. Један од најистакнутиј заступника ових теорија је *Хегел*, мада се његова гледишта

могу повезати и са тзв. кохеренцијском теоријом истине. Према њему, истина је слагање предмета са његовим појмом. Иначе, у оквиру ових теорија развила су се три правца: а) еидетски (логицистички), повезан са тзв. феноменолошком струјом; б) аксиолошки, произлази из тзв. баденске школе неокантовске филозофије; в) егзистенцијалистички.¹

Насупрот објективитичким теоријама истине, *субјективистичке* теорије оспоравају могућност сазнања објективне стварности. Истину посматрају искључиво кроз субјекте и њиховој делатности иманентна својства. Један од најистакнутијих поборника ових схватања је *Кант*. Према схватању овог великана философске мисли, “уместо стварности, човек спознаје само феномене људске свести, предмете могућег искуства, и то радикално прерађене посредством активитета спознајног субјекта и представљиве једино кроз обрасце његових априорних категорија” Он истиче, да не постоји општи критеријум за материјалну истину, али зато постоји формални критеријум истинитости, а то је сагласност суда са законима мишљења.²

2. Истина у кривичном поступку

У кривичном поступку одлучује се о основаности кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног, садржаног у оптужном акту овлашћеног тужиоца. Сагласност суда са овим захтевом, материјализована кроз осуђујућу пресуду, доводи до ограничавања елементарних људских права окривљеног. Стога, легитимитет имају само она ограничења, проистекла из истинито утврђених одлучних чињеница, и на њих правилно примењене правних норми.

Истина се у кривичном поступку утврђује доказивањем спорних одлучних чињеница, које представљају основицу судских одлука. Она представља уверење суда о постојању или непостојању тих чињеница. Сагласно чињеници да кривични суд утврђује одлучне чињенице, истина до које се долази у кривичном поступку перципира се као подударност судијине представе о спорној чињеници са стварношћу. То је нека врста субјективног одраза објективне реалности у свести судије. Тако сагледана, истина представља највиши степен подударности између уверења суда и онога што се десило у стварности, тј. кривичног дела и његовог учиниоца. Она представља сагласност суда са објективним чињеницама стварност и. Истина утврђена у кривичном поступку није, дакле, својство

¹ Види: Алан Узелац, *Истина у судском поступку*, Загреб, 1997.

² Cf. Eisler, *Kant-Lexikon*, str. 590, цитирано према: Алан Узелац, *op. cit.*, стр. 43.

објективно постојеће, већ сазнате стварности.³ У немачкој теорији, истина се схвата као “подударност менталнеог утиска догађаја са самим догађајем”.⁴

Једно од најзначајнијих питања правне науке јесте, да ли је у судским поступцима, укључујући и кривични поступак, могуће постићи потпуну сагласност субјективног и објективног елемента; који творе дефиниције истине. Круцијално је питање, да ли се у судском поступку може утврдити истина, која ће кореспондирати са стварним догађајем (у кривичном поступку са кривичним догађајем). или је судска истина само несавршени одраз објективне стварности.

Владајуће је становиште теорије кривичног процесног права да се у кривичном поступку не може утврдити потпуна, апсолутна и објективна истина. Доказима се може утврдити материјална, историјска или релативна истина, јер се у кривичном поступку утврђује истина о чињеницама оиз прошлости, које судија утврђује на основу општег искуства или на основу сопствених чула. Релативна истина, до које судија долази у кривичном поступку, није објективна истина, која је потпуно независна од особина судије, “и која почива на таквим основима, да код сваког судије, и противно његовој вољи, производи исти утисак”.⁵

Диференцирање кривичног од грађанског поступка, довело је до промена начина утврђивања истине. Доминанта улога странака у доказивању, истину, утврђену у грађанским поступцима (њихова диспозициона максима), чини формалном. Активна улога суда у утврђивању чињеница у кривичном поступку, при чему странке, диспозицијом доказним материјалом, не смеју да запрече пут судији у утврђивању чињеница, одређује истину као материјалну. Реч је, дакле, о различитим путевима сазнања истине у судским поступцима, а не о различитим врстама истине.⁶

Поимање истине као субјективне, отвара питање да ли постоје већа и мања истина, односно који интензитет подударности закључка судије са стварним догађајем треба сматрати релевантним за доношење одлуке. Суд, услед несавршености доказног механизма, не може са сигурношћу утврдити да ли је оно што сматра истинитим, у потпуности сугласно са стварношћу. Судска истина у ствари представља највиши могући степен извесности, који

3 На сличан начин истину дефинишу: Младен Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1980, стр. 20; Михајло Илић, *Предавања из Кривичног процесног права*, Сарајево, 1973, стр. 45; Владимир Водинелић, *Наша законитост*, 1978, бр. 6, стр. 44, Загорка Јекић, *Докази и истина*, Београд, 1989, стр. 65.

4 Prof. dr Claus Volk, *Principles of Criminal Procedure and Post-Modern Societ, Contradictions and Perspectives*, München, 2000, p. 3.

5 Божидар Марковић, *Уџбеник кривичног поступка*, Београд, 1930, стр. 282 и 283.

6 Birkmayer, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898, стр. 81, цитирано према: др Драгољуб Димитријевић, *О истини у кривичном поступку*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1954, стр. 34.

се може остварити у кривичном поступку. Насупрот овом највишем степену извесности, постоје и различити степени сумње и вероватноће. Дискутабилно је да ли је истина само квантитативно, или, пак, и квалитативно различита од вероватноће. Руковођени релативношћу јуридикчке истине, као и чињеницом да се теоретска сумња никад не може искључити, поједини аутори сматрају да је извесност само највећи степен вероватноће.⁷ С друге стране, уколико између истине, као највишег степена извесности, и вероватноће постоји само квантитативна разлика, то може довести до доношења осуђујуће пресуде и у случајевима када није елиминисана свака сумња у супротно.⁸ Истина, схваћена као највиши могући степен извесности, искључује сваку разбориту сумњу у правилност чињеница утврђених у кривичном поступку.

Резимирајући излагање о истини у кривичном поступку, могу се извести следећи закључци; а) истина је став суда о реалном кривичном догађају; б) до истине суд долази утврђивањем правно релевантног чињеничног стања, в) одлучне чињенице, као основу судских одлука, утврђује искључиво суд; г) истина представља највиши степен извесности о кривичном догађају; д) до судске истине долази се на основу слободне оцене доказа; њ) приликом утврђивања истине, суд не сме бити ограничен непотребним проценим формама; е) утврђивање истине не треба да зависи од диспозиционе максиме странака у погледу располагања доказним материјалом; ж) суд, приликом утврђивања истине, мора бити руковођен јавним интересом.

3. Нормативни оквир начела истине

Начело истине има ранг законског начела, иако су у последње време заступљене идеје о редуковању улоге суда на плану доказивања, чиме би се дезавуисао и смисао овог принципа. Одредбом чл. 17. Законика о кривичном поступку прецизира се да су суд и други државни органи дужни да потпуно и истинито утврде чињенице, које су од важности за доношење законите одлуке. Притом се та обавеза односи на чињенице које терете окривљеног, али и на оне, које иду у корист слабије кривичнопроцесне странке. Из ове законске одредбе јасно проистиче активна улога суда на утврђивању чињеничне основице одлуке о судбини кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног. Кривични суд, дакле, није спутан процесном иницијативом странака на плану предлагања и извођења доказа, на основу којих се утврђују одлучне чињенице. Суд може на сопствену иницијативу изводити доказе, које странке нису предложиле. Исто тако, суд може одбити извођење доказа, које су предложиле странке. Из ових овлашћења суда проистиче његова улога *dominus lictis*-а приликом утврђивања чињеничног стања. Истоветна је и позиција суда у немачком праву. Суд је,

⁷ Младен Грубиша, *op. cit.*, стр. 135.

⁸ Др Загорка Јекић, *op. cit.*, стр. 62.

сагласно одредби § 155. ст. 2. СтПО, овлашћен да самостално утврђује чињенице, и није везан предложеном правном квалификацијом тужиоца. Дужност суда да зтврди истину произлази и из овлашћења да одбије предлоге странака за извођење доказа (§ 244. ст. 2-6). У француском праву, суд има обавезу да предузме све потребне мере за утврђивање истине (чл. 310 СРР). Истоветну обавезу има суд и у руском праву (чл. 73 УПР)

Дужност утврђивања чињеница, које иду и у корист окривљеног (осим оних, које трете окривљеног) показује превагу основних постулата истинитости над улогом суда, као државног органа који се стара о остварењу права државе на кажњавање (*ius puniendi*), иманентног инквизиционом систему кривичног поступка. То противречи реализацији тенденција потпуне контрадикторности и “чисте” акузаторности⁹, које, у све већој мери, продиру и у наше законодавство.

Активност суда на утврђивању истине не окончава се ни евентуалним признањем окривљеног. Суд је дужан да цени валидност датог признања, и да, ако посумња у истинитост признања, односно ако утврди да је оно непотпуно, противречно, или нејасно, настави са прикупљањем доказа. Обавеза суда је и да признање доведе у везу са осталим доказима, које га евентуално поткрепљују (чл.94. ЗКП).

Обавеза утврђивања истине налаже да се докази могу изводити у свим фазама кривичног поступка. Странке, али и суд по службеној дужности, могу у свим фазама кривичног поступка предлагати нове доказе (*beneficium provocum*). Предлагање и извођење доказа није орочено, па самим тим не постоји могућност преклузије. Постојање нових доказа основ је и за иницирање понављања правноснажно окончаног кривичног поступка.

У функцији остварења начела истине је и невезаност суда никаквим посебним формалним законским правилима, приликом оцене доказа. Одлучне чињенице се утврђују доказима, добијеним из законом предвиђених извора доказа (доказних средстава. Осим тога, доказне радње се морају одвијати на законом предвиђен и уређен начин. Оживотворењу начела истине доприносе и начела, која се односе на начин одвијања кривичног поступка (начин вршења процесних радњи), као што су: а) начело контрадикторности; б) начело непосредности; в) начело усмености; г) јавности.

Важност утврђивања истине у кривичном поступку налаже да се чињенично стање, као основица судске одлуке, мора заснивати на законито и правилно утврђеним одлучним чињеницама. Могућност побијања донете пресуде жалбом због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања, одговара основним постулатима истинитости. Принцип истине оснажен је и могућношћу понављања кривичног поступка, иницираног ванредним правном леком, који се може поднети ако се појаве нове чињенице и нови докази. Међутим, чињеница да се кривични поступак може поновити искључиво у

⁹ Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2006, стр. 256.

корист осуђеног, не кореспондира са обавезом утврђивања истине у кривичном поступку. Позитивноправним режимом захтева за понављање кривичног поступка, очигледно је дата предност заштити основних људских права окривљеног над основним постулатима судске истине.

Значај начела истине учвршћује се и правом признатом могућношћу решавања прејудицијалних питања (чл. 213. ЗКП) Реч је о појединим правним питањима, за чије решавање је надлежан суд у неком другом поступку (грађанским поступцима, управном поступку), или неки други државни орган, али од чијег претходног решења зависи решавање кривичне ствари. Одлука кривичног суда о прејудицијалног питања има ограничен домет, јер се односи само на конкретни кривични поступак. За афирмацију начела истине значајно је да евентуална одлука о прејудицијалном питању, донета у неком другом судском поступку, или одлука неког другог државног органа, не везује кривични суд у погледу оцене о постојању кривичног дела. Ту одлуку, сагласно обавезама проистеклим из начела истине (чл. 17 и 18 ЗКП) може донети искључиво кривични суд.

Одступања од начела истине

Важност истинитог и потпуног утврђивања чињеница, од којих зависи доношење судске одлуке, не значи да законодавац апсолутизује овај принцип. Наиме, ради остваривања неких других циљева, првенствено због заштите људских права појединих лица, допуштају се одређена одступања од овог начела. Реч је о појединим установама и процесним правилима, предвиђеним Законом о кривичном поступку.

а) Кривични суд може донети пресуду само за кривично дело, садржано у оптужном акту овлашћеног тужиоца, као и против окривљеног, означеног у том акту. Реч је о везаности пресуде оптужбом, односно обавези постојања субјективног и објективног идентитета између оптужбе и пресуде. То практично значи, да суд одлучује о чињеничној и правној утемељености кривичног догађаја, описаног у оптужном акту, што не мора да значи да се догађај одиграо сагласно виђењу тужиоца.

Последице важења субјективног идентитета оптужбе и пресуде су такве, да, ако суд на главном претресу утврди да лице, означено у оптужници, није извршило кривично дело, донеће се ослобађајућа пресуда. Уколико резултат доказног поступка буде утврђена чињеница да је кривично дело извршило лице, које није означено у оптужници, против њега се не може донети осуђујућа пресуда, уколико тужилац на главном претресу није проширио оптужницу, означавајући га окривљеним.

За постојање објективног идентитета између оптужбе и пресуде, потребно је да је реч о истом кривичном догађају, односно неопходна је подударност догађаја из оптужнице и пресуде у битним елементима. Не сматра се изостанком

објективног идентитета, ако су у пресуди измењене неке околности, које конкретизују кривично дело, али нису значајне за измену предмета оптужбе.¹⁰

Приликом утврђивања објективне саобразности између оптужбе и пресуде, суд може дати превагу начелу истине или начелу акузаторности (оптужбе). Строго поступању саобразно начелу оптужбе налаже да је суд, приликом доношења пресуде, везан чињеничним описом дела из оптужнице, и свим појединостима тог описа, независно од евентуално измењеног чињеничног стања на главном претресу. Мењањем описа дела, без модификовања оптужнице интервенцијом тужиоца, суд би, противно принципу оптужбе, вршио улогу тужиоца. Уколико би суд дао превагу начелу истине, био би везан догађајем из оптужнице, али уз могућност утврђивања чињеничног стања различитог од описа, садржаног у оптужници. Суд би могао одлучити о кривичном догађају који је предмет оптужбе, невезан чињеничним описом из оптужнице, само ако би чињенично стање, утврђено на главном претресу, било повољније по окривљеног.¹¹

У поступку према малолетницима, постављајући кривичну одговорност малолетника на квалитативно другачији начин, од одговорности пунолетних учинилаца кривичних дела, законодавац је напустио концепцију строге везаности пресуде оптужбом. Наиме, према одредби чл. 74. ст. 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, веће за малолетнике има овлашћење да донесе одлуку, на основу чињеничног стања, измењеног на главном претресу. Дакле, веће за малолетнике није везано за чињенични опис дела, из оптужног акта јавног тужиоца. Као *ratio legis* овог законског решења, истиче се потпунија заштита личности малолетног окривљеног. Међутим, не види се разлог за ово одступање од начела везаности пресуде оптужбом, када је управо оно установљено ради заштите интереса окривљеног. Притом, не види се разлог за фаворизовање принципа истине, у односу на везаност пресуде оптужбом, баш у поступку према малолетницима. Вероватно је преобладања суда, у односу на јавног тужиоца, (установљена чл. 70. ЗМ), резултирала и релативизацијом објективног идентитета, између оптужбе и пресуде, у поступку према малолетницима. Наиме, према чл. 70. ст. 1. овог закона, јавни тужилац може, у току припремног поступка, или по његовом окончању, поднети предлог судији за малолетнике, за обуставу поступка. Јавни тужилац има обавезу, да о предлогу за обуставу поступка, обавести орган старатељства, који је дужан да, о евентуалном неслагању с предлогом јавног тужиоца, обавести судију за малолетнике (чл. 70. ст. 1). Ако се судија за малолетнике не сагласи с предлогом јавног тужиоца за обуставу поступка, одлуку доноси веће за малолетнике вишег суда (чл. 70. ст. 2. ЗМ). Веће за

¹⁰ Др Тихомир Васиљевић, др Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*; Београд, 2005, стр. 573-575.

¹¹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 411.

малолетнике је, дакле, овлашћено да процењује опортуност наставка кривичног поступка, по одустајању јавног тужиоца од гоњења у припремном поступку. Оно може наставити кривични поступак, по одустанку јавног тужиоца у припремном поступку, при чему чињеница, да ли је у овом случају реч о нарушавању начела акузаторности, или, пак, о одустајању јавног тужиоца, који нема онај процесни значај као у редовном кривичном поступку (чл.170. ЗКП), не мења ствар.¹² Битно је да релативизовање принципа везаности пресуде оптужбом, у поступку према малолетницима, чини се, није мотивисано интересима малолетног окривљеног.

б) Одређена доказна правила, прописана Закоником о кривичном поступку, отежавају пут сазнања истине у кривичном поступку. Најпре, немогућност заснивања одлука на сведочењу појединих лица не доприноси утврђивању истине. Као сведоци, не могу се саслушати лице, које би својим исказом, повредило дужност чувања државне, војне или службене тајне, док га надлежни орган не ослободи те дужности, бранилац окривљеног о оономе што му је окривљени поверио, лице које би исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица), осим ако је посебним прописом или изјавом лица, у чију корист је установљено чување тајне, ослобођено, као и овлашћено лице полиције, о садржају обавештења прикупљених у преткривичном поступку (чл. 97. ЗКП). Евидентно је да законодавац даје превагу заштити интегритета одређених лица и професија над утврђивањем истине. Пун волумен истине је могућ, али једини ако се неке од ових категорија лица ослободе својих обавеза.

Постојање привилегованих сведока (чл. 98), исто тако, може отежати сазнање истине у кривичном поступку. У поступку према малолетницима, законодавац је предвидео, да нико не може бити ослобођен дужности сведочења о околностима, потребним за оцењивање зрелости малолетника, за упознавање његове личности, и прилика у којима живи (чл. 50. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица) Право на тзв. делимично ослобађање од сведочења (чл. 100 ЗКП) произлази из примата заштите интереса појединих лица над начелом истине.

в) Права окривљеног, која су резултат одређених процесних концесија, датих овој слабијој странци ради неутралисања преимућства противне странке (у теорији позната као *favor defensionis*), нису у сагласју са основним постулатима истинитог сазнања о кривичном догађају. Законодавац, притом, преферира интересе заштите људских права окривљеног над реализацијом обавеза суда, проистеклих из начела истине. Сагласно овом приступу законодавца, не може се од окривљеног очекивати да саучествује у поступку активног прикупљања

¹² Бранко Петрић, *Идентитет пресуде и оптужбе у кривичном поступку*, *Правни живот*, 1980, бр. 7-8, стр. 39.

доказа против себе. То је суштина права на заштиту од самоинкриминације, из којег произлази право окривљеног на ћутање.¹³

Одређене доказне забране, мотивисане заштитом елементарних људских права окривљеног од утицаја на вољу приликом његовог саслушања (свакако и сведока), отежавају пут сазнања истине. Реч је о забрани употребе тортуре, хипнозе, као и медицинских интервенција у кривичном поступку (наркоанализа, лоботомија, и слично).¹⁴ Јасна је интенција законодавца да истраживање истине подреди основним постулатима хуманости. Одсуство доказног кредибилитета доказа, који, сами по себи (непосредна доказна неверодостојност), или према начину прибављања (посредна доказна неверодостојност), кроз немогућност заснивања судских одлука на њима (чл. 18. ст. 2. ЗКП), представља манифестацију ограничавања начина утврђивања истине у кривичном поступку.

г) Интереси правне сигурности грађана могу, у одређеним ситуацијама, имати примат над начелом истине. Немогућност кривичног гоњења и кажњавања за кривично дело, за које је мериторно пресуђено, или је поступак обустављен, односно оптужба одбијена (*ne bis in idem*), као и немогућност понављања кривичног поступка на штету окривљеног (чл. 6. ст. 1 и 2. ЗКП), истину подређују међународноправно и уставноправно верификованим циљевима правне сигурности. Потребно је напоменути, да позитивно право Србије, у односу на међународноправне стандарде, прописује шири домашај забране двоструке угрожености. За разлику од ЗКП Србије, Европска конвенција о људским правима и основним слободама, као и неки други међународноправни документи, забрањују поновно кривично гоњење и кажњавање само у случају постојања правноснажних мериторних одлука суда. Правноснажна обустава кривичног поступка и одбијање оптужбе, сагласно међународноправним стандардима, немају дејство преуђене ствари. Самим тим, забрана двоструке угрожености не важи у ситуацијама окончања кривичног поступка правноснажним одлукама којима се кривична ствар не решава *in meritum*. Стриктно поштовање међународноправних стандарда забране двоструке угрожености, дакле, умањује степен подређености истине захтевима правне сигурности грађана.

На курсу ограничавања истине је и немогућност отежања процесне позиције окривљеног у поступку иницираном правним лековима, у односу на кривичну санкцију и тежину кривичног дела (чл. 382. ЗКП). Реч је о дејству установе забрана *reformatio in peius*. Када би суд правног лека установио да из презентованих доказа, садржаних у жалби изјављеној само у корист окривљеног, проистиче тежа кривична санкција или правна квалификација кривичног дела,

¹³ Више о томе види: др Саша Кнежевић, *Заштита окривљеног од самооптуживања, Правни живот : тематски број. Право и међународне интеграције. - Београд : Удружење правника Србије, 2008.- Год. 57, Том 2, бр. 10 (2008), стр. 19-30*

¹⁴ Види: др Саша Кнежевић, *Примена медицинских интервенција у кривичном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2003., бр. 43, стр. 249-264*

не би могао да своју одлуку прилагоди тим околностима, што одступа од начела истине. Слободно располагање над правом на делотворни правни лек има преимућство над обавезама суда саобразним начелу истине.¹⁵

д) Консесуално одређивање степена кривичности окривљеног, кроз споразум о признању кривичности, не доприноси оживотворењу принципа истине. Дејством ове установе англосаксонске провенијенције, истина постаје подређена интересима ефикасности кривичног поступка. То је последица продора елемената акузаторности и контрадикторности, који ова начела имају у адверзијалним поступцима. Договором странака, умањеје се улога суда у одлучивању, а кривични поступак поприма карактеристике “процесног двобоја” титулара опречних процесних теза, који имају монопол над утврђивањем чињеница. Самим тим, истина је оно, о чему странке постигну консенсус! Могућност неограниченог споразумевања о кривичности, предвиђена нацртом будућег Законика о кривичном поступку Србије, до крајњих граница девалвира реализацију начела истине у кривичном поступку.¹⁶

ђ) Преференцијалан положај окривљеног, према коме, и по окончању докзног поступка опстане сумња у погледу одлучних чињеница, које чине обележја кривичног дела, или од којих зависи примена неке одредбе Кривичног законика, представља одступање од начела истине. Дакле, сам законодавац прихвата немогућност утврђивања потпуне истине у кривичном поступку. Наиме, обавеза је суда, да овој ситуацији донесе одлуку, у корист окривљеног. Реч је о правилу *in dubio pro reo*, садржаног у одредби чл. 18. ст. 3. Законика о кривичном поступку Србије, и има карактер основног доказног начела. Оно се примењује у случају када по окончању доказног поступка остане сумња у погледу постојања одлучних чињеница, које представљају садржину кривичне ствари. Пун волумен начела истине налаже да, у овој ситуацији, треба донети одлуку која ће одговарати датом чињенично стању. То практично значи да окривљеног треба оставити под сумњом у погледу одговорности за извршење кривичног дела, које му је оптужбом стављено на терет. Међутим, из основних постулата правичног суђења проистиче недопуштеност овековечења статуса сумњивца. Овлашћени тужилац, оптерећен теретом доказивања, мора доказати основаност свог захтева за кажњавање окривљеног. Неуспех тужиоца у том настојању да докаже кривичност окривљеног мора резултирати ослобађањем слабије кривичнопроцесне странке од оптужбе. То је непосредна процесна последица

¹⁵ Више о овим установама види: Саша Кнежевић, *Забрана двоструке угрожености и људска права окривљеног, Правни живот. Тематски број, Право и слобода, Београд, 2007, Том 1, бр. 9 стр.757-768; рад истог аутора: Забрана reformatio in peius у кривичном поступку, Правни живот. Тематски број, Право и хумана будућност., Београд, 2006, Том 1, бр. 9, стр. 899-909.*

¹⁶ Више о томе: др Милан Шкулић, *Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку, Правни живот, 2010, бр. 9, стр. 599-602.*

важења претпоставке невиности окривљеног у кривичном поступку, којом се изједначавају ефекти доказане невиности и непотпуно утврђене кривице. Иако из суштине начела истине проистиче да судске одлуке морају заснивати на истинитим и потпуно утврђеним одлучним чињеницама, ризик недоказаности увек сноси овлашћени тужилац.

Закључне напомене

Начело истине, као тековина инквизиционог система кривичног поступка, продрло је и у савремени кривични поступак. Његова примена, унеколико, ограничава поимање кривичног поступка, схваћеног као спор антагонизираних процесних странака, у коме је позиција суда на плану доказивања пасивна. Многобројни реформски захвати у нормативни миље кривичне процедуре, интензивирани почетком двадесет првог века, управо ревитализују и оснажују изворне акузаторске и расправне елементе. Последица тога је релативизација принципа истине, уз елиминисање овог принципа као врховног начела кривичног поступка. Неминовност креирања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка не мора нужно да значи и одустајања од утврђивања јуристичке истине. Домети тзв. “консенсуалне истине” не смеју да уруше потребу истинитог и потпуног утврђивања чињеница, које су основ судских одлука. Страначки активизам, уколико се претвори у монопол над чињеницама, објективно дезавуише јавноправни карактер кривичног поступка, и доводи до његове својеврсне реприватизације.

Prof. Saša Knežević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE PRINCIPLE OF TRUTH IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The basic postulates of the rule of law, fairness and justice entail that the judicial decisions have to be based on the principle of truth and truthfully established facts. It is particularly important for the decisions of criminal courts which have the authority to impose some restrictions on the elementary human rights. In criminal procedure, the truth is established by presenting evidence in support of the key facts which have been challenged and which constitute the legal ground for subsequent judicial decisions. The truth implies the court's conviction that the presented facts are admissible or inadmissible. In line with the court's authority to establish the key facts, the truth established in the criminal procedure is perceived as compatibility of the judge's perception about the contested fact with the reality. It is a kind of a subjective reflection of the objective reality in the judge's mind.

The necessity to create the normative basis for increasing the efficiency of the criminal procedure need not necessarily mean a departure from the process of establishing the juristic truth. The scope of the so-called "consensual truth" shall not undermine the need for a truthful and complete establishment of facts, which are the grounds of the adjudication process. If turned into a monopoly over facts, the party's activism objectively undermines the public character of the criminal procedure, leading to some kind of re-privatization of the criminal procedure.

Key words: *truth, criminal procedure, philosophy, deviations.*

Доц. др Небојша Ранђеловић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Мр Александар Ђорђевић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 94(497.11)"1878"
UDK: 325.8(497.11)"1878"

УСЛОВИ ПРИЗНАВАЊА НЕЗАВИСНОСТИ СРБИЈЕ 1878. ГОДИНЕ^{1*}

Апстракт: У овом раду аутори анализирају поступак стицања независности Србије на Берлинском конгресу 1878. године. Од српско-турских ратова, када је Србија имала и војну и политичку подршку Русије, Кнежевина Србија прешла је тежак пут ка независности оствареној на конгресу великих светских сила, када је имала потпору аустро-угарске дипломатије. Тражећи маневарски простор између политике западних сила и Русије, српска дипломатија је, с једне стране, искористила тренутке повољних међународних и међудржавних односа у Европи. С друге стране, Србија је платила високу цену своје самосталности. Људске и материјалне жртве из српско-турских ратова биле су огромне и готово ненадокнадиве. Територијално проширење није било у складу са очекиваним, законодавство је морало да се прилагоди стандардима које је захтевао њен нови положај, а независна Кнежевина Србија преузела је и обавезу да материјално поднесе део огромног дуга Турске према Србији и Црној Гори. Услови српске независности биле су тешке, али је на Берлинском конгресу Србија коначно добила и формалну независност у односу на Турску.

Кључне речи: Берлински конгрес, независност, дипломатија, српско-турски ратови, Велика источна криза, Кнежевина Србија, територијално проширење, законодавство.

¹ * Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" који подржава Министарство просвете и науке, евиденциони број 179046.

I

Зачетак, настанак, трајање, мењање и нестанак држава процеси су који вековима отварају научне теме, постављају питања и захтевају дубока и комплексна промишљања. Одговори на постављена питања, у свакој друштвеној епохи, уз сву тежњу ка свеобухватности, углавном су дефинисали фрагмете или конкретне ситуације, а поменути процеси изнова говорили да ће увек представљати у неком сегменту новину, а никада датост. Двадесетпрви век потврдио је да ће и у њему, не само за правнике, већ за све посленике научне мисли у друштвеним наукама, постављена питања бити трајни задатак.

Појмови и синтаме „право“, „стечена права“, „фактичко стање“, „прихватљиво решење“, „преседан“, „одговорност држава и међународне заједнице“, „интерес“, „сагласност интереса“, „сила“, „примена силе“ итд, са којима се дневно сусрећемо и чију тежину свакога дана осећамо, носе непромењено значење у свим епохама. Може се закључити да за поменуте процесе и постављена питања не постоји свеобухватна и јединствена дефиниција, али постоји безброј примера.

Поступак формалног признавања независност Србије на Берлинском конгресу 1878. године свакако је добра илустрација за неке процесе које носи данашњица и који су терет савремене српске државе. Историјски факти можда нуде одговоре на питања која носе разна тумачења правде и неправде на међународној сцени (праћених свиме што називамо притисцима, условљавањима, бесконачним захтевима итд).

Након српско-турских ратова (први по Србију неуспешан са променљивом ратном срећом, други успешан уз огроман удео руског оружја) Санстефански мир је донео руско виђење геостратешког разрешења њихових ратних циљева. Оно што је за Русију било логично решење након добијеног рата, за „европски концерт сила“ било је наметнуто решење. Парцијални, заједнички и супротстављени интереси заинтересованих сила (а незаинтересованих није било) стављени су на сто, а као исходште њиховог усаглашавања сазван је Берлински конгрес.

Сазивање самог конгреса, третирано као нужност, стављено је и у контекст „одговорности сила за европски мир“. И штампа европских сила истичала је поменуту одговорност, посебно апострофирајући улогу Немачке. „Кад већ изгледаше осигурана, могућност – преносиле су Српске новине – да ће се конгрес не само састати него пре свега мир повратити, онда се јави слошка жеља, коју потпомагаху сви угледнији органи штампе свију странских народа, да Немачка ту стечену могућност доведе до жељенога остварења својим руковођењем конгреса. Немачка се није могла више одрећи части пуног задатка, јер беше опасно да њезина скромност не устумачи као немарност према миру. И тако се отклонила свака сумња, да Немачка, која хоће да задовољи жеље

јевропских влада, тежи за улогом европског судије. Што је Наполеон I у своје доба рекао једној великој сили, да је њено ћутање јавна несрећа, то би се као прекор јевропски оборио и на немачког канцелара, да је својој земљи саветовао и даље уздржавање.²

Циљ конгреса да се сагласношћу “европског концерта сила” успостави у Европи мир и стабилност за један дужи период, био је много пре његовог почетка дефинисан. Оквири у којима ће се мировна решења тражити такође су били познати. Остало је дефинисање појединости које ће утврдити мир и одредити правила одржавања новонасталог стања. Али је исто тако пре почетка конгреса свим актерима била јасна ограниченост целовитог решавања свих питања и јасно опредељење за одлагање решавања најсложенијих. „Да бисмо се очували сваке обмане –преносе даље Српске новине – морамо ипак одсечно изнети, шта у свима случајевима може конгрес учинити. Конгрес никако неће расправљати источно питање; него ће само регулисати начин и пут, како ће се то питање одгодити за после.”³

Сам Бизмарк, као један од главних иницијатора оваквог епилога Велике источне кризе, у свом интервјуу датом лондонском Тајмсу, не скривајући да је узео улогу главног миротворца, дао је слику узрока и последица створеног стања и праваца којих ће се држати конгрес. “Ја сам желео мир – речи су Бизмаркове – и колико сам год могао радио сам на томе, чим сам видео да се могло почети.”⁴ Но, миротворац, који је и сам кумовао почетку рата, дајући анализу геополитичког стања у Европи и последицама стања створеног ратом, нагласио је да ће императив мира бити постигнут само усаглашавањем интереса и уступцима откинутим од претензија сила учесница. То је значило да ниједна сила неће моћи да рачуна са остварењем максимума интереса, односно да Турска, иако губитник, неће бити суочена са свом катастрофом пораза предвиђеном Санстефанским уговором. Али је нагласио и да су силе решене да посао обаве до краја и да на том путу не види могуће препреке. На питање шта би било кад би се Турска повукла са конгреса, одговорио је: “Што се мене тиче ја се не бих много забринуо. Европа је показала своју жељу помирљивости кад је Турке позвала на конгрес, јер кад би се држала уговора Санстефанског не би требало да Турска санкционише наше одлуке. а ако се Турци повуку, онда ће њихова места остати празна као да су се задоцнили и ми ћемо наше саветовање наставити до краја.”⁵

2 Српске новине бр. 116. од 25. маја 1878. године.

3 Исто

4 Интервју пренет у Српским новинама бр. 141 од 27. јуна 1878. године.

5 Исто

II

Почетак рада конгреса говорио је да ће глас сила надјачати глас правде оних о којима се на конгресу одлучује и наговестио представницима балканских земаља да ће морати у руке да узму неформална средства, како би се чуо и њихов глас на конгресу. Пуно право учешћа са сталним представницима имале су само велике силе. Већ на другој седници, међутим, британски представник је поставио питање учествовања Грчке на конгресу истичући да је “Словенима заштитник силна војничка држава (мисли се на Русију), која је спојена с њима свезама по племену, по вери и својим скорашњим победама; а Грци немају никаквог представника”.⁶ Руска примедба да она себе сматра заштитницом свих хришћана, односно турска да је она најбољи заштитник својих поданика остале су без резултата. На трећој седници прихваћен је предлог француског представника да Грчка влада одреди опуномоћеника, који ће бити присутан у Берлин и кога ће конгрес моћи да саслуша у свако доба ка то нађе за потребно. Српској страни таква могућност је ускраћена. Стога је Јован Ристић, заступник Србије на конгресу, хитајући од престонице до престонице на маршрути Беч, Берлин, Београд, морао да користи све облике ванинституционалног деловања, како би се на конгресу чуо и глас Србије.

Ристићев Меморандум упућен Берлинском конгресу 12. јуна 1878. године требало је да буде сажетак српских захтева и образложење њихове дубоке оправданости. Али је то био и једини званични начин да се на конгресу чује глас Србије. Ако се изузму јавни и тајни контакти ван конгресних одаја, који је требало да обезбеде подршку српским захтевима у одсудном моменту, упућивање меморандума и дипломатска преписка били су једини начин општења српске владе са Конгресом. У Меморандуму се, уз навођење прегледа историјских околности током неколико векова, од пада српске средњовековне државе па до успостављања вазалне кнежевине, истичу и постављају два основна питања: признавање формалне независности Србије и проширење њене територије, уз уважавање етничког и историјског приципа. Главни аргументи за признавање независности били су укупни односи Србије и Порте, окончани ратовима, као и чињеница “да је и сама Висока Порта признала независност Србије, и да се одрекла свога сизеренства, потписавши уговор Санстефански”.⁷ Образлажући укупне односе Ристић је нарочито инсистирао на томе да “разбојништва и гнусности, што их је починила војска Турска у оним крајевима кнежевине у које је за време рата од 1876 продрла”, која су озлоједила “за навек српски народ на Високу Порту”. Такође је истакнут и, за Порту чини се, најважнији разлог: финансије. “За Србију, земљу малу и тек истргнуту испод дугог угњетавања, где је дакле тек све требало створити, беше данак сразмерно тежак терет, који

⁶ Протоколи Берлинског конгреса; Српске новине бр. 158. од 18. јула 1878.

⁷ Меморандум Јована Ристића; Српске новине бр. 154. од 13. јула 1878. године.

спречаваше њезин развој. Сад кад је рат опустошио један део кнежевине постало јој је плаћање данка немогуће.”⁸ Због свега наведеног, у Меморандуму је изнета оцена да је успостављање старих односа са Портом учињено немогућим.

Што се територијалних проширења тиче аргументи су били етнички и историјски, а за подлогу су имали и принцип освојене територије. Како је српска војска већ држала већи део територија на које је Србија претендовала, у меморандуму је постављено питање: “Како да уступи натраг (поменуте територије), а да не изложи становништво ових крајева освети муслимана и да не постави и опет земљу у насилан положај, који нико не може поднети?” На постављено питање дат је и одговор: “Најбоље средство, да се тамо осигурају благодети трејног мира, то је дати задовољење правичним жељама овог становништва, ослободивши их и придруживши к мајци отаџбини.”⁹ Граница Србије, по овако постављеним захтевима, обухватила би крајеве Кичева, Скопља, Егри-паланке, Трна, Пирота, Белградџика и Видина.

Постављено питање независности на конгресу није довођено у питање. Одговор и решење овог питања дао је сам Портин заступник Александар Каратеодори-паша, истичући да се Порта неће противити признавању независности. Каратеодори-паша истакао је, међутим, да је ово питање преваходно формалне природе, јер је Србија у претходним деценијама већ остварила фактичку независност. “У вези с великим интересима Европе – нагласио је Каратеодори – као и у интересу саме Србије, треба да се зна да је Европа потврдила вазалске везе које су досад спајале ову кнежевину са својим сувереном. Право које јој је било дато уговорима Турска је умерено користила и није га кршила, чак ни онда кад је била суочена с најсигурнијим доказима, кад је ово право значило сигурну гаранцију за лако решење спорова, који су у различита времена живо привлачили пажњу Европе; ово сизеренство, већ ионако широко, обезбедило је Србији стварну независност, и она јој је у више наврата признала велику вредност – то су непобитне чињенице... Ако је данас међу европским владама преовладала идеја о независности, Турска се томе неће супротстављати јер је уверена да ће та независност, за коју се тражи да је Конгрес призна, бити стварна, да ће је земље прихватити с потпуним признавањем права, као и дужности које им она намеће да убудуће буду поштоване...”¹⁰

Што се територијалних проширења тиче, од самог почетка конгреса било је јасно да ће се захтеви Србије испунити само делимично. Опасност од уступања српских територија Бугарској отпала је сагласношћу сила да се на бугарском земљишту формирају трибутарна кнежевина Бугарска и аутономна област Источна Румелија. Српске претензије, међутим, у Старој и Јужној

8 Исто

9 Исто

10 Записник са седнице конгреса у Берлину од 28. јуна; Србија 1878, документи, Београд 1978, стр. 468.

Србији ограничене су стратешким интересима сила који су се заснивали на компактности већ поменуте трансверзале Бања-Лука – Солун. Уместо у српским рукама, ови крајеви су остали под Портиним суверенитетом и директном контролом Аустро-Угарске, која је у Новопазарском санцаку могла да држи чак и војне посаде. Источне границе требало је повући по етничком принципу, чему су се противили једино неосновани захтеви великобугарских националиста, подупирани дискретном руском подршком. Било је предлагано да нарочита комисија испита етнички састав становништва Пиротског и Трнског округа и да се на основу тога повуче српско-бугарска граница. Сумњајући у објективност овакве комисије Ристић је у писму грофу Шувалову, руском представнику на конгресу, предложио директно изјашњавање становништва ових округа. Овакав предлог бугарској страни никако није могао да одговара. Народне адресе становника ових крајева (Пирота, Трна, Знепоља, Сливнице итд) упућене Милану, кнезу ослободиоцу казивале су недвосмислено о опредељењу овог становништва. Топоними, имена потписаних и њихова презимена, која су представљала и патрониме њихових породица, независно од изражене воље становништва, казивали су о њиховој српској етничкој припадности.¹¹ На крају је превагнуло опредељење да Србији припадну Пирот и Трн, а Бугарској Цариброд. Но, како је из стратешких разлога на југу Ихтиман остављен Турској, Бугарска је као надокнаду добила Трн. Србији је остао Пирот са територијом до Цариброда и део трнског среза.¹² Овакав начин повлачења граница одступао је од свих принципа, осим од једног: принципа лакоће трговања туђим земљама у циљу спровођења политике равних тасова. Но, чињенице казују да је Србија морала бити задовољна и са постигнутим уважавањем њених интереса. На конгресу су велике силе превасходно занимали глобални и лични интереси. Парцијални интереси “малих народа” најчешће су занемаривани. Сам Бизмарк је говорио да “ако он губи своје време на конгресу, по летњој врућини, онда то чини само ради спречавања сукоба међу великим силама. Он је био ожалостан колико енергије одлази на претресање судбине таквих ‘смрдљивих јазбина’, као што су Лариса, Трикала или други балкански градови.”¹³

Занимљиво је да су на седници на којој се расправљало о црногорској независности били саслушани и опуномоћеници румунске владе, супротно опредељењу да представници кнежевина неће узимати директно учешће на конгресним заседањима. Може се закључити да је овим остварена намера супротстављања руским претензијама према територијама које су етнички биле румунске.

11 Србија 1878, документи, Београд 1878, стр. 43, 72, 112, 125, 192.

12 Говор г. Јована Ристића, министра спољних послова држан 13. јула 1878. год у тајној седници Народне скупштине о Берлинском уговору, Београ, Државна штампарија, 1878.

13 Хвостов, В. М, Минц, И. И, Историја дипломатије, свеска друга, Београд 1949, стр. 51.

Србија је уз признавање независности и територијалног проширења, трпела и притисак да своје законодавство прилагоди стандардима које је захтевао њен нови положај. Нарочито је био изражен притисак који се односио на дискриминаторске прописе који су се тицали положаја Јевреја. Дат је и конкретан предлог одредби које ће се тицати грађанске и верске једнакости у Србији: “Житељи Кнежевине Србије, без обзира на своју верску припадност, уживаће потпуну једнакост и права. Они ће моћи да буду примани у државну службу, на положаје, да уживају почести и да се баве свим занимањима, и верске разлике неће моћи да буду сметња житељима као разлог њиховог изузимања. Јавно вршење свих црквених обреда биће потпуно слободно и никакве сметње се неће моћи правити било хијерархијском уређењу разних вероисповести било њиховим односима с духовним старешинама.”¹⁴

Да би отклонио овакве непотребне притиске Јован Ристић се писмом обратио директно председавајућем конгреса Бизмарку дајући објашњења о верским слободама у Србији. “Ја могу, господине председниче, потврдити – писао је Ристић – без страха, да ће ме ко опореди, да међу свима земљама на истоку нема ни једне, која би у религиозном погледу била толерантнија од Србије. Слободно исповедања сваке признате вероисповести не само да је гарантовано уставом кнежевине (чл. 119), него и влада чини све, што јој је могуће, да би олакшала. Тако на пр. ма да је број протестаната незнатан, она им је подигла у Београду храм и издржава им свештеника о државном трошку. Исто тако резервисано је место за постројење католичке цркве. Џамија се издржава у Београду за муслимане, који туда пролазе, пошто у српској престоници нема сада мухамеданског становништва. Што се специјално тиче Јевреја у Србији, морам пре свег споменути, да њих има једва око хиљаду двеста душа. Они у односу религиозном уживају потпуну једнакост са њиховим суграђанима друге вероисповести. Ја бих, шта више, могао додати, да се они налазе у привилегисаном положају, јер док православни сами издржавају своје свештенике, јеврејски равин у Београду прима од државе помоћ од шест стотина франака... Да би добили потпуну једнакост, остаје само да се укине једно старо законско наређење, које забрањује Јеврејима настањивати се ван Београда... Ма шта било, ја сам срећан, г. председниче, доставити до знања конгресу, да ме је Његова Светлост, књаз српски овластио, да изјавим, да ће влада српска употребити прву прилику, да законитим путем обори и последње ограничење, које још постоји у земљи односно Јевреја, и да их потпуно изједначи са њиховим суграђанима других вероисповести.”¹⁵ Занимљиво је, међутим, да се Србија сасвим сложила да прихвати постављене јој захтеве и своје јеврејске суграђане

14 Записник са седнице конгреса у Берлину од 28. јуна; Србија 1878, документи, Београд 1978, стр. 468.

15 Говор г. Јована Ристића, министра спољних послова држан 13. јула 1878. год у тајној седници Народне скупштине о Берлинском уговору, Београ, Државна штампарија, 1878.

и формално изједначи, али да се томе успротивио сам кнез Горчаков. Он је прихватио одредбе о верској и грађанској једнакости, али се успротивио да се оне односе и на Јевреје, тражећи “да се Јевреји Берлина, Париза, Лондона или Беча, којима се, свакако, не могу одрећи грађанска и политичка права, не мешају с Јеврејима у Србији, Румунији и неким крајевима Русије: ови су, по његовом уверењу, истинска мора за домаће становништво”.¹⁶

Са овако утврђеним оквирима дошло се до текста Берлинског уговора. Део Уговора од члана 34. до члана 42. посвећен је Србији. Уз признавање независности (чл. 34) унете су одредбе о једнакости грађана и слободи вере (чл. 35) и детаљан опис географских одредница нових граница Србије (чл. 36). У члану 37. верификовани су сви претходни уговори Србије са другим земљама и њима стечена права и повластице и наглашена њихова ваљаност до закључења нових уговора исте природе. Тиме је верификовано и деловање Србије на међнародном пољу произашло из вршења фактичког суверенитета пре Берлинског конгреса. По железничком питању, као стратешком питању од посебне важности, Србији је одређено да преузме обавезе Порте према Аустро-Угарској и Компанији за експлоатацију железница у европској Турској и у циљу решавања ових питања утврђена је обавеза закључивања споразума “између Аустро-Угарске, Порте, Србије и, у границама њених овлашћења, Кнежевине Бугарске” (чл. 38). Посебно непријатно за Србију било је наметање дела Портиног дуга везаног за ново припојене области. То је предвиђено у члану 42. Уговора који гласи: “Пошто Србија мора да прихвати исплату дела државног отоманског дуга за нове области које су јој мировним уговором додељене, представници Сила у Цариграду ће, у договору с Високом Портом, одредити његов износ на праведној основи”.¹⁷ Против оваквог решења финансијских обавеза Србије Јован Ристић се нарочито борио. Испадало је да оружјем ослобођене крајеве Србија мора још и да откупи.

Питање пловидбе Дунавом регулисано је члановима 46 до 57. без великих одступања од слова Париског уговора. Регулисање тока Дунава у Ђердапу поверено је Аустро-Угарској (чл. 57), а прибрежним државама стављена је обавеза да пруже “све олакшице које се могу захтевати у интересу обављања радова”.

На крају, у члану 63. наглашено је да “Париски уговор од 30. марта 1856. године као и Лондонски уговор од 13. марта 1871. године остају на снази у свим оним одредбама које нису опозване или измењене претходним одредбама”.

¹⁶ Записник са седнице конгреса у Берлину од 28. јуна; Србија 1878, документи, Београд 1978, стр. 471.

¹⁷ Берлински уговор; Србија 1878, документи, стр. 556-575.

III

Решења која је наметнуо Берлински конгрес нашла су се коначно пред Народном скупштином Кнежевине Србије. Конгрес је још увек трајао када је 24. јуна сазвана Народна скупштина у редован сазив. Скупштина није била у прилици да прихвати или одбаци одредбе Берлинског конгреса, јер је то била коначна воља великих сила, али је могла да подржи или не подржи рад владе у ратним година у време склапања мира, као и њен рад за време Конгреса. Скупштини је предстојао и обиман законодавни рад, који се састојао од верификације низа законских аката изазваних ратом и ванредним стањем, као и од низа неопходних нових решења, која је изискивало новонастало стање.

Најважнији сегмент овог скупштинског заседања био је говор Јована Ристића на тајној седници одржан 13. јула, у коме је посланицима детаљно образложен ток Берлинског конгреса и третирање Србије на њему, као и узроци и последице новонасталог стања.

Обраћајући се посланицима, Ристић је образложио разлоге за ступање Србије у рат, како први тако и други, разлоге и последице неуспелог војевања у првом рату и последице ратне победе у другом рату. Образлажући ток Конгреса, дао је детаљну анализу интереса, претензија и радњи великих сила, као и хтења и могућности Србије. Јасно су разлучене српске жеље и могућности и сходно томе, перспективе Србије.

Сплет свих поменутих околности објаснио је и парадоксе српског ратовања у протекле две године. Србија је у рат ушла због Босне и Херцеговине, а завршила га ширењем на југ ка Старој и Јужној Србији. “Како је рат текао – објашњавао је Ристић – то ми није задатак да говорим; но неће можда излишно бити, да вам кажем, зашто се наша војена акција кретала само у границама Старе Србије, а Босну оставила изван круга својих операција. Пре него што ће Србија по други пут заратити, нама је препоручено било од стране Русије, да ништа не предузимамо на Дрини, да небисмо изазвали Аустрију; јер и царско-руска влада полагаше много на то, да Аустрија остане неутрална. Аустрија је и сама изјавила, кад смо је питали, шта је сфера њених интереса? да они допиру до Дрине и Лима. Прешавши дакле Дрину и Лим додирнули бисмо њене интересе и сукобили би се са њеном војском. Тиме што је Аустрија обележила сферу својих интереса, обележила је и границе наше политичке тежње на западу. Кад су дакле отпочели преговори светостефански, ми нисмо могли ни помишљати, да тражимо да прелазимо преко Дрине и Лима, као што смо се и за време рата уздржали, да их прелазимо, но смо продирали у Стару Србију, докле смо могли. Ту смо дакле и нове политичке границе тражили.”¹⁸

18 Говор г. Јована Ристића, министра спољних послова држан 13. јула 1878. год у тајној седници Народне скупштине о Берлинском уговору, Београ, Државна штампарија, 1878.

Обраћајући се посланицима, Ристић је истакао подударност појединих интереса Аустро-Угарске и Србије и велику дипломатску помоћ Аустро-Угарске да се ти интереси на Конгресу и остваре. Србија је војне победе остварила уз помоћ руског оружја, а политичке уз помоћ аустро-угарске дипломатије. Ристић је, говорећи о помоћи суседне монархије, можда и несвесно, означио будуће правце српске политике.

Територијална проширења и разлози због чега су таква, били су јасни. Назирали су се и правци будућих територијалних претензија Србије. По току Ристићевог говора може се, међутим, закључити да је сматрао за врло важно да се посланицима објасни значај признавања независности Србије. Обзиром да је Србија изградила фактичку сувереност и под Поргиним сизеренством, што је признао и истакао и сам турски заступник у Берлину Каратеодори-паша, могло се закључити да су за Србију била важнија шира територијална проширења, него сам чин проглашења формалне независности. Из преписке Филипа Христића и Јована Ристића види се да је овакво мишљење било веома заступљено у српској политици. Ристић је, и сам наглашавајући постојање оваквих размишљања, значај формалног проглашења независности образложио овако: "Независност сама по себи призната је Србији. Не треба да мислимо, да је добитак независности незнатан добитак. Не треба тај добитак да оцењујемо са гледишта материјалног, па да кажемо: нећемо више плаћати 40.000 дуката годишње, и то је све! Ми смо добили много више. Што је год слобода за појединог човека, то је независност за државу, и колико је год та независност више ограничена, у толико се може уподобити ограничењу слободе индивидуалне. Ја сам имао прилике, да видим славног историка Ранке-а, који је писао историју ослобођења српског. Кад ме је видео, он ми је честитао признање независности, као највеће благо, што је наша земља добити могла. На моју примедбу, да су код нас мишљења подељена и да неки више полагају на увећање земљишта, одговорио ми је овај славни муж, да и земљишно увећање има своје значајне користи, али да је независност она основа, на којој државе постају и своју будућност обезбеђавају, као што показује историја Пруске. Ово наводим само с тога, што желим да се види, како се у свету цени наш добитак независности."¹⁹

Само стицање независности са територијалним проширењем, поред високе цене у материји и људству, имало је и високу новчану цену. Наметање преузимања дела турског државног дуга Србији и Црној Гори, било је болно по ратом исцрпљене кнежевине. Одатле и Ристићеви оштри протести због тога што се оружјем ослобођено, сад мора и откупити. Но образлажући какве су све финансијске невоље могле Србију снаћи, да су се усвојили сви британски и турски предлози, Ристић је закључио да су усвојена решења по Србију подношљива, а и прихватљива, самом чињеницом да су неизбежна. Осврћући се и на државно расипништво Турске, Ристић је најпре образложио шта је Србија

19 Исто

морала да прихвати: “Господо, да је Турска држава, у којој би се државни зајмови употребљавали на плодне предузетке, као што се чини у европским државама, не би се могло друго што изнети противу овог закључења, до то, да ми своје ново земљиште нисмо задобили ни променом, ни куповином, но по праву освојења; али у овоме случају терет је у толико неправеднији, што се овим зајмовима не зна трага, и што се већином, као што се кнез Горчаков у конгресу изразио, “жалостан ажиотаж”. Но ми се од ове обавезе ипак не можемо избавити. Уговор је берлински једна целина, која се, као таква, или прима, или одбацује, али никоме не стоји на вољи, да један део уговора прими, а други одбаци.”²⁰

Потом је Ристић образложио да је Србија могла далеко горе проћи, јер су британски и турски предлози ишли ка капиталисању трибута, чиме би финансијски намет био вишеструко већи. Чак је формулисан и члан уговора који предвиђа капиталисање српског и румунског данка, чија ће се сума накнадно одредити уз сагласност Порте. “Лорд Сализбури – објашњавао је даље Ристић – ступи на браник капиталисања. Он налази у овоме предмету два питања: питање трибута по себи, и питање интереса поверилаца Портиних. Односно трибута, налази Лорд, да он није откупљен великим жртвама, ни великим победама. Да су Румуни и Срби заиста били победоносни, трибут би био откупљен; но у ствари је Русија победила отоманску Порту. С друге стране, трибут је део залоге повериоцима отоманским, који им се не може одузети.”²¹ Оваквим захтевима снажно су се успротивили руски представници Горчаков и Шувалов и француски представник Вадингтон. Горчаков је навео да се код признавања независности Србије и Румуније о овим финансијским обавезама није говорило, сем о обавези за припојене територије. Шувалов и Вадингтон су, пак истакли доприносе српске и румунске војске ратној победи. Снажна и можда пресудна подршка дошла је од грофа Андрашија, који је подсетио да је Санстефанским уговором предвиђена чак и надокнада румунских ратних трошкова и да је постојао и сличан захтев Србије. Због тога је “што би решење, да се трибут капиталише, изазвало нове тегобе у тренутку, кад се ради, да се угуши свака клица нових заплета, конгрес реши да се укине чланак пројекта о капиталисању српског и румунског трибута”.²²

Занимљиво је нагласити и Ристићеву примедбу, која са аспекта садашњице, звучи пророчански да је одређивање српских граница увек опасност за европски мир. Када се расправљало о јужним границама Србије, казивао је Ристић, “препирка је била жива, и пошто, као што рекох, конгреска решења важе, само кад су једногласна, то председник обзнани са сажаљењем, да се мора одложити питање о српским границама, којима се, говораше, неће ваљда

20 Исто

21 Исто

22 Исто

потчинити питање о миру европском²³. На притисак француских заступника ово питање је решено у српску корист, али је остао осећај Бизмаркове стрепње шта Европи може донети питање српских граница.

Скупштинским епилогом и Прокламацијом кнеза Милана, која је обзна-нила српску независност и тим поводом најавила велике свечаности, окончана је последња страница изградње државне независности, али су отворене нове странице очувања српске државности које су кроз читав XX век имале судбо-носан значај за европску стабилност, светски мир и геополитичка и стратешка надметања великих сила на овим просторима. Бизмаркове стрепње наредни век је преточио у стварност.

Prof. Nebojša Randelović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Ass. Aleksandar Đorđević, LL.M.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

The Conditions for Recognizing the Independence of Serbia in 1878

Summary

In this paper the authors analyze the developments in the process of obtaining Serbia's independence in the Berlin Congress in 1878. Ever since the Serbian-Turkish wars when Serbia enjoyed the military and political support of Russia, the Principality of Serbia embarked on a challenging task to become an independent state; the task was eventually accomplished in the Berlin Congress of the world leading countries where Serbia enjoyed the support of the Austro-Hungarian diplomacy. In pursuit of some maneuvering space between the politics of the western countries and Russia, the Serbian diplomacy took advantage of the favourable developments in the international and inter-state relations in Europe at the time. On the other hand, the Principality of Serbia paid a high price for its independence by sustaining substantial human losses and material damage almost beyond repair in the course of the Serbian-Turkish wars. The territorial extension of Serbia (recognized in the Congress) was not in compliance with general expectations. The Serbian legislation had to be adjusted to the standards relevant to its new status of an independent country. Moreover, the independent Principality of Serbia assumed an obligation to take on part of the huge monetary liabilities (debt) that Turkey had already owed to Serbia and Montenegro. Thus, in the Berlin Congress, Serbia finally obtained a formal independence from Turkey in spite of all the adversity encountered in that process.

Key words: *Berlin Congress, independence, diplomacy, Serbian-Turkish wars, Great Eastern Crisis, Principality of Serbia, territorial extension, legislation.*

23 Исто

ЗАПОСЛЕНИ КОЈИМА ШТРАЈК МОЖЕ БИТИ ЗАБРАЊЕН (Стандарди Међународне организације рада)*

Апстракт: *Право на штрајк је основни вид испољавања права на колективно удруживање. Иако широко признато, право на штрајк није апсолутно, већ је подложно бројним ограничењима. Једно од најзначајнијих односи се на лица која уживају право на штрајк. У складу са међународним стандардима, право на штрајк може бити искључено или ограничено, пре свега, професионалним припадницима војске и полиције, запосленима у јавним службама и у делатностима од виталног интереса за друштво. У раду се разматрају околности и услови под којима право на штрајк може бити ускраћено или ограничено овим категоријама запослених, као и компензације које им је неопходно пружити уместо тог права.*

Кључне речи: *штрајк, слобода удруживања, синдикати.*

1. Слобода синдикалног удруживања и право на штрајк

Синдикална слобода заузима јединствено место међу основним правима човека којима се бави Међународна организација рад (МОП) и сматра се претходним и неопходним условом сваког прогреса који води социјалној правди. Слобода удруживања у циљу формирања синдиката само је један вид слободе удруживања уопште. Тамо где није гарантована слобода удруживања, не развијају се ни синдикалне организације, због чега је однос између ове две врсте слобода често потврђиван у међунаордној заједници уопште, као и у оквиру Међународне организације рада (МОП).¹ Слобода синдикалног организовања обезбеђује право запосленима и послодавцима да оснивају синдикалне организације као и да ступају у већ основане организације. Циљ синдикалног

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

А. Петровић, *Међународни стандарди рада*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2009, стр. 96.

организовања јесте заштита права и унапређење професионалних и економских интереса самих чланова и она подразумева и слободу синдикалног деловања.² Слобода синдикалног организовања спада у групу основних начела на којима је формирана МОП. На тридесетом заседању њене Опште конференције (1948) усвојена је Конвенција бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права. На следећем заседању (1949), усвојена је Конвенција бр. 98 о правима радника на организовање и колективно преговарање.³ Обе конвенције имају статус основних конвенција МОП-а (укупно њих осам).⁴

Право на штрајк је једно од основних и легитимних средстава путем којих радници и њихове организације могу да унапреде и штите своје друштвене и економске интересе. Често, међутим, штрајк има и револуционарни призив и изгледа као да је усмерен против друштвених и производних односа. Због тога се назива и „анатемом“ за власти, без обзира да ли су тоталитарне или не.⁵ Штрајк, без обзира на формално залагање послодаваца и владе, увек је био најмање пожељно средство за решавање конфликта. На штрајкаче се често вршио и врши притисак, са апеловањем на свест о општем добру, позивањем на жртву зарад дугорочних циљева и сл. При томе се губе из вида непосредни разлози за штрајк, а највише положај оних који штрајкују. Забрињавајуће је што то често чине владе, које се, тако, стављају на страну послодаваца, уместо да буде обрнуто.

Право на штрајк није изричито признато ниједном конвенцијом Међународне организације рада. Тачније, штрајк се само узгредно спомиње у Конвенцији бр. 105 о укидању принудног рада (1957)⁶, којом се забрањује коришћење било ког облика принудног или обавезног рада као казне за учешће у штрајку (чл. 1, д) као и у члановима 4, 6 и 7 Препоруке бр. 92 о добровољном преговарању и арбитражи (1951).

Међународна конференција рада је неколико пута, у периоду од 1947. до 1950. године и поново 1978. године, расправљала о праву на штрајк у контексту

2 Више о томе у: Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2001, стр. 191-208.

3 Више о томе у: Б. Шундерић, *op. cit.*, стр. 192-196.

4 Осим њих, у основне конвенције убрајају се и: Конвенција бр. 29 о принудном или обавезном раду (1930); Конвенција бр. 105 о укидању принудног рада (1957); Конвенција бр. 111 о дискриминацији у односу на запослење и занимање (1958); Конвенција бр. 100 о једнаком награђивању (1951); Конвенција бр. 182 о најгорим облицима дечијег рада (1999) и Конвенција бр. 138 о минималним годинама старости за запослење (1973). Међу њима, највише ратификација (174) има Конвенција бр. 29, а најмање (150) управо Конвенција бр. 87. Извор: APPLIS-a data base on the application of international labour standards. Доступно на: www.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=EN. Посећено: 27. 02. 2011.

5 J. M. Servais, *International Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, стр. 117.

6 „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 8/58.

припремних радова на инструментима који треба да покрију одговарајуће субјекте, али те расправе нису довеле до настанка међународних стандарда који би изричито покривали право на штрајк.

У међународном праву, право на штрајк изричито је признато чланом 8 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) (1966),⁷ а на регионалном нивоу Европском социјалном повељом (*European Social Charter*) (чл. 6) из 1961. године, као и Измењеном европском социјалном повељом из 1996. године.⁸ Исто је учињено и Међу-америчком повељом о социјалним гаранцијама (*Inter-American Charter of Social Guarantees*) из 1948. године и Додатним протоколом на Америчку конвенцију о људским правима на плану економских, социјалних и културних права (*Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*), из 1988. године.⁹

Изостанак изричитих стандарда по овом предмету не значи да МОР игнорише право на штрајк или да одбија да се бави њиме и да му обезбеђује постојање.¹⁰ Уосталом, постоји велики број норми у конвенцијама и препорукама МОР-а (нарочито у онима које се односе на право на организовање и колективно преговарање), које гарантују заштиту радницима од аката дискриминације засноване на њиховом учешћу у синдикалним активностима. И, мада ти инструменти не наглашавају које су, конкретно, активности у питању заштићене, нема разлога за сумњу да покривају и учешће у законитом штрајку.¹¹

Пратећи примену конвенција и препорука, МОР-ов Одбор за слободу удруживања, још од свог оснивања, заузео је став да се право на штрајк подразумева, иако није изричито предвиђено чланом 3 Конвенције бр. 87, који штити право синдиката на предузимање радњи у циљу заштите интереса својих чланова.¹² Током наредних година, Одбор је, у погледу права на предузимање штрајка, изразио уверење да то није само прост друштвени чин, већ и да: 1) је то несумњиво право које су радници и њихове организације су овлашћени да врше; 2) ограничио је број категорија радника којима то право може бити ускраћено; 3) повезао је праксу права на штрајк са циљем унапређења и одбране економских и друштвених интереса радника; 4) утврдио је да легитимно коришћење права на

7 „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 8/58.

8 „Сл. гласник РС“ – Међународни уговори, бр. 42/2009.

9 МОР, *Смернице о радном законодавству*, Женева, 2001, стр. 201.

10 J. Hodges-Aeberhard, A. Odero, *Principles of the Committee on Freedom of Association concerning strikes*, *International Labour Review*, Vol. 126, No. 5 (1987), стр. 543.

11 *Ib id*, стр. 544.

12 L. Betten, *International Labour Law*, Kluwer, Deventer-Boston, 1993, стр. 106. Ово становиште је, релативно скоро, оспорено од стране послодавачких и неких владиних представника, који држе да не постоји правни основ за такву претпоставку и да право на штрајк никад није било средство које се подразумевало на основу Конвенције бр. 87. *Ibid*.

штрајк не сме да повлачи судске казне било које врсте, а које би представљале чин анти-синдикалне дискриминације.¹³ Право на штрајк данас има карактер људског права. Потврђивање тог карактера има три кључне импликације. Прво, право на штрајк се превасходно одређује као право појединца, а не синдиката (што, наравно, не значи да то није и право синдиката уопште). Друго, оно је више примарно него секундарно право и, као такво, ослобађа се зависности од колективног преговарања, што је посебно важно у околностима када долази до опадања нивоа колективног преговарања. На крају, постоји обавеза државе да осигура да не постоје законске сметње за његово остваривање. То, конкретно, значи да радник као појединац не сме бити предмет ограничавања или кажњавања због предузимања штрајка.¹⁴

2. Могућа ограничења

Без обзира на чињеницу да је право на штрајк широко признато као основно право свих радника, међународне норме јасно назначавaju да то не значи да оно не може бити ограничено уколико друге основне вредности у демократском друштву буду угрожене.¹⁵ Најбољи пример за то дат је у чл. 31 Европске социјалне повеље, који допушта да (између осталог) право на штрајк може бити ограничено уколико је у демократском друштву то нужно ради заштите права и слобода других или ради заштите јавног интереса, националне безбедности, јавног здравља или морала.¹⁶ Без обзира да ли се ради о правној ситуацији „права на штрајк“ или о „слободи штрајка“, треба тражити решење које ће спречити штету и губитке, посебно оне који утичу на друштво као целину, које су несразмерни или неприхватљиви.¹⁷

2.1. Оружане снаге и полиција**

Конвенција бр. 87 (чл. 9) недвосмислено изражава да ће се опсег гаранција предвиђених њоме на оружане снаге и полицију утврдити националним законодавствима или посебним прописима. То је био основни аргумент Одбору за слободу удруживања да одбије давање било каквих примедба оним

13 B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *ILO principles concerning the right to strike*, International Labour Review, Vol. 137 (1998), No. 4, стр. 443-444.

14 Више о томе у: K. Ewing, *Laws Against Strikes Revised*, у: C. Barnard, S. Deakin, G. S. Morris (eds.), *The Future of Labour Law, Liber amicorum Sir Bob Hepple QC*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, стр. 48-50.

15 L. Betten, *op. cit.*, стр. 110.

16 Ibid.

17 A.J.M. Jacobs, *The Law of Strikes and Lock-outs*, у: R. Blanpain, C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998, стр. 465.

законодавствима која ускраћују право на штрајк тим групама радника.¹⁸ Ова одредба допушта државама чланицама да им или потпуно укину право на штрајк, или да уведу одређена ограничења у погледу права на удруживање. Другим речима, то је питање које се препушта дискреционој оцени држава чланица.¹⁹ С тим у вези, намеће се и питање да ли су државе које ратификују Конвенцију бр. 87 обавезне да припадницима војске и полиције признају право и слободе у одређеној мери и да ли су уопште обавезне да их признају. Како изгледа, чини се да те обавезе нема, већ да су могуће три опције: да призна све гаранције и да их изједначи са радницима; да их призна у одређеној мери и да их уопште не призна.²⁰

Суштински, питање права на штрајк припадника војске и полиције се, заправо, и не поставља. Ове професије, због значаја које имају за државу, искључене су од овог права. Решење из српског права²¹, на основу кога је полицији признато право на штрајк, сасвим сигурно представља куриозитет и тешко се може оправдати.

2.2. Јавне службе

За разлику од припадника војске и полиције, којима се право на штрајк недвосмислено може ускратити, ово питање је комплексније када се ради о припадницима јавних служби. Значај који државни органи и јавне службе имају за функционисање друштва доводи до разних ограничења права на штрајк запослених у њима.

Још приликом припремних дискусија које су водиле ка доношењу Конвенције бр. 87, оба надзорна тела МОП-а-Одбор за слободу удруживања и Одбор стручњака, постигла су сагласност да чињеница да се јавним службеницима признаје право на организовање не прејудуцира питање њиховог права на штрајк.²² Осим тога, ни у Конвенцији бр. 151 и Препоруци бр. 159 о радним односима у јавним службама (1978), иако садржи норме о решавању спорова, нема експлицитне назнаке о праву на штрајк јавних службеника.²³

18 ** Када се говори о лицима којима се штрајк може забранити или ограничити, припадници оружаних снага и полиције се често сврставају у категорију кавних службеника, што није погрешно. Ипак, ради бољег разграничења, ове категорије запослених посматраћемо одвојено.

J. Hodges-Aeberhard, A. Odero, *op. cit.*, стр. 447.

19 L. Swepston, *Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision*, International Labour Review, Vol. 137 (1998), No. 2, стр. 181.

20 Б. Шундерић, *op. cit.*, стр. 201.

21 Закон о полицији, „Службени гласник РС“ бр. 101/2005; 63/2009.

22 В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 448.

23 А. Петровић, *op. cit.*, стр. 107-108.

Током активности на праћењу примене Конвенције бр. 87, Одбор за слободу удруживања је више пута потврдио став да право на организовање јавних службеника не повлачи обавезно и право на штрајк. Право на штрајк може у јавним службама бити ограничено или чак забрањено.²⁴ Општи став да слобода удруживања јавних службеника не имплицира обавезно и право на штрајк је касније измењена, на начин да „право на штрајк може бити ограничено или чак укинута у јавним службама или основним услугама због тога што штрајк у њима може да проузрокује озбиљне проблеме за националну заједницу“.²⁵

Овакав став, међутим, не значи да је право на штрајк ограничено или ускраћено свим јавним службеницима, с обзиром да проширена дефиниција „јавног службеника“ може да доведе до широког ограничења или забране права на штрајк. У Општем извештају из 1959. године, Одбор за слободу удруживања заузео је став да је забрана штрајка радницима који се разликују од јавних званичника који делују у име јавне власти „може понекад да створи значајно ограничење могућих активности синдиката“ и да постоји могућност да та забрана делује супротно чл. 8, ст. 2 Конвенције бр. 87.²⁶ Због тога, забрана или ограничење права на штрајк у јавном сектору мора бити ограничена искључиво на оне јавне службенике који врше овлашћења у име државе.²⁷ Конкретно, јавни службеници који раде у државним трговинским или индустријским предузећима морају имати право на колективно преговарање, морају уживати делотворну заштиту против аката анти-синдикалне дискриминације и морају уживати право на штрајк, организован на начин да прекид у пружању услуга не доведе до угрожавања живота, личне сигурности или здравља целог или дела становништва. Осим њих, службеницима који врше овлашћења у име државе не сматрају се ни запослени у нафтној индустрији, банкарству, градском превозу, образовању и, уопштено узевши, сви они који раде у државним компанијама и предузећима.²⁸ У погледу одређивања појма *службеника који врши овлашћења у име државе*, и Одбор стручњака је на становишту да дефиниције које постоје у националним законодавствима не покривају исто поље.²⁹ Осим тога, један исти

24 International Labour Office, *Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva, 2006*, стр. 118. Доступно на: www.ilo.org/ilolex/english/23e2006.pdf. Посећено: 17. 11. 2011. године.

25 ILO, *Committee of Experts, 1973, General Survey*, p.116. Наведено према: L. Betten, *op. cit.*, стр. 111.

26 L. Swepston, *op. cit.*, стр. 187.

27 Ibid.

28 ILO, *Reports of the Committee on Freedom of Association*, 1984. Наведено према: B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *op. cit.*, стр. 449.

29 ILO, *Freedom of Association and collective bargaining, General Survey of the reports on the Freedom of Association and Protection of the Rights to Organize Convention, 1948 (No. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (98), Report III (Part 4B)*,

израз, употребљен у различитим језицима, не мора увек да означава исту ствар у различитим земљама. На крају, неки системи класификују јавне службенике у различите категорије, са различитим статусом, обавезама и правима, док такве разлике не постоје у другим системима или немају исте исходе.³⁰ Став овог тела био је да треба чинити напоре у циљу успостављања униформног критеријума за истраживање компатибилности законодавстава са одредбама Конвенције бр. 87. Из тог разлога, закључено је да је узалудно покушавати да се створи једна исцрпна и свестрано применљива листа категорија јавних службеника који треба да уживају право на штрајк или оних који ће бити лишени тог права због тога што врше власт у име државе. Из тог разлога, у свим граничним случајевима, Одбор је сугерисао да решење може бити не наметање потпуне забране штрајка, већ пружање минималних услуга у случајевима када потпуна и дуготрајна обустава пружања услуга може да доведе до озбиљних последица по становништво.

Службеници који раде у правосудној управи или судије јесу званичници који врше власт у име државе и њима, стога, право на штрајк може бити ограничено или укинута.³¹ Исто тако, Одбор за слободу удруживања заузео је став и да забрана штрајка цариницима, који су јавни службеници који врше власт у име државе, није у супротности са принципом слободе удруживања. Радње предузете од стране власти у циљу доношења судске одлуке о забрани штрајка у јавном сектору не значи кршење синдикалних права.³²

2.3. Основне службе

Посебно значајна ограничења права на штрајк односе се на запослене који раде у тзв. основним службама. Наиме, у сваком друштву постоје делатности у којима би прекид рада, макар и краткотрајан, могао да доведе до несагледивих последица по живот или здравље целог или дела становништва. Због тога национална законодавства често прибегавају ограничењу или чак потпуној забрани штрајка у таквим делатностима. Сматра се да је интерес друштва у целини (или његовог дела) да се очува живот и здравље људи пречи од интереса запослених у одређеним делатностима да штрајкују. С друге стране, постоји танка граница између делатности које су од виталног значај и оних које то нису, а одређивање појма „*основних служби*“ често може да послужи као средство путем кога ће се право на штрајк ограничити или забранити и тамо где не постоји суштински разлог за то.

International Labour Conference, 81st Session, 1994, Geneva. Наведено према: В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр.449.

30 В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 449.

31 Labour Office, *Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva, 2006*

32 Ibid.

Дакле, да не би дошло до неоснованог ограничења права на штрајк, појам „основних служби“ треба рестриктивно тумачити. То је и Одбор за слободу удруживања потврдио више пута, заузевши (почетни) став да основне службе треба тумачити *stricto sensu* и да мора постојати јасна разлика између оних служби које су заиста основне због тога што њихов прекид може да проузрокује масовне недаће и оних које нису основне у складу са овим критеријумом.³³ Треба рећи да је ова, почетна дефиниција „основних служби“ доживела одређене измене. Наиме, Одбор за слободу удруживања је, 1979. године, у ове службе сврстао оне „чији би прекид могао да угрози егзистенцију или благостање целог или дела становништва“. Већ неколико година касније (1983), Одбор је поново преиспитао дефиницију „основних служби“, и заузео став да су то „службе чији би прекид могао да угрози живот, личну безбедности или здравље целог или дела становништва“.³⁴ Посебно је питање како одредити те делатности, јер то зависи и од посебних околности које преовладавају у свакој држави понаособ. Шта више, овако постављен концепт није апсолутан, у смислу да и службе које нису виталне могу то постати уколико штрајк траје одређено време или ако пређе одређене димензије када, такође, може доћи до угрожавања живота, личне безбедности или здравља целог или дела становништва.

Током година, Одбор је искристалисао став по питању обухвата појма „основних служби“, сврставши ту: здравствени сектор; снабдевање електричном енергијом; снабдевање водом; телефонске услуге; полицију и оружане снаге; ватрогасне службе; затворске службе; контролу лета и снабдевање храном ученика школског узраста и чишћење школа.³⁵ Сагласно томе, у основне службе, у строгом значењу те речи, не спадају: радио и телевизија; нафтни сектор; луке; банкарски сектор; компјутерске услуге у циљу наплате такси и пореза; продавнице и забавни паркови; металски и рударски сектор; транспорт уопште; пилоти ваздухоплова; производња, транспорт и дистрибуција горива; железничке услуге; градски транспорт; поштанске услуге; сакупљање отпада; предузећа која се баве расхладним уређајима; хотелске услуге; грађевинарство; производња аутомобила; пољопривредне делатности; ковнице; државне штампарије и државни монополи алкохола, соли и дувана; образовни сектор; предузећа за флаширање минералне воде.³⁶

³³ *Freedom of Association Committee, 1976 Digest of Decisions*, p. 117. Наведено према: *op. cit.*, стр. 112.

³⁴ Више о томе у: J. Hodges-Aeberhard, A. Odero, *op. cit.*, стр.551.

³⁵ *International Labour Office, Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva, 2006*, стр. 120.

³⁶ *Ibid.*, стр. 121. У погледу образовног сектора, изузетак чини руководство образовних услуга. Другим речима, директорима и њиховим заменицима могуће је ограничити или чак забранити право на штрајк. С друге стране, постоје професије и у оквиру основних служби,

Како је горе већ споменуто, уколико штрајк у делатностима које се не сматрају основним траје дуго или је већих обима, могуће је да дође до угрожавања живота, личне безбедности или здравља целог или дела становништва (сакупљање отпада, на пример). У том случају, надлежне власти имају право да ограниче штрајк у тим делатностима. По мишљењу Одбора, овде се ради о нормалним граничењима. Законодавство може обавезати професионалне организације да одреде потребно особље које ће обезбедити нужну сигурност и заштиту од незгода, да би се обезбедио континуитет вршења службе. Неслагање у вези одређивања потребног броја особља треба да реши суд, тј. административна арбитража. Такође, легитимне су и одредбе по којима се мора одржавати минимум службе у случају штрајка чија ширина и трајање могу да изазову кризну ситуацију.³⁷ МОП-ова надзорна тела сматрају да би пружање минималних услуга била одговарајућа алтернатива, све док не доводи у питање право на штрајк велике већине радника. С тим у вези, заузет је став да се требају задовољити барем два услова: 1) да то стварно буде *минимална услуга*, то јест она која је ограничена само на операције које су стриктно неопходне да би се задовољиле основне потребе службе, тако да се штрајк не покаже неефикасним и 2) да односна организација радника има могућност учествовања у дефинисању тих служби, заједно са послодавцима и јавним органима.³⁸ Систему минималних услуга дозвољено је (и пожељно) прибећи и код основних служби, уместо потпуне забране штрајка.

2.4. Компензацијске гаранције

У случајевима када је право на штрајк предмет неког ограничења или забране, стандарди МОП-а налажу да радници на које се то односи требају имати компензацијске гаранције, као што су поступци помирења или посредовања, а које у случају немогућности изналажења решења воде ка механизму арбитраже којег односне стране сматрају поузданим.³⁹ При томе, изговарање власти буџетским ограничењима не сме да утиче на придржавање договорених услова или одлука обавезне арбитраже. Свака таква пракса може да умањи ефекте компензација које се дају радницима којима је право на штрајк ограничено или забрањено.⁴⁰

којима није оправдано ограничити или забранити право на штрајк, као што су болнички радници, баштовани и слично. Ibid.

37 Б. Шундерић, *op. cit.*, стр. 206-207.

38 МОП, *Смернице о радном законодавству*, стр. 212.

39 Ibid, стр. 206.

40 International Labour Office, *Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva, 2006*, стр. 123.

Prof. Goran Obradović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

EMPLOYEES WHO MAY BE DEPRIVED OF THE RIGHT TO STRIKE

Summary

The right to strike is the basic mode of exercising the right to collective association. In spite of being widely recognized, the right to strike is not absolute and it may be subject to numerous restrictions. One of the most significant restrictions refers to the persons who are entitled to the right to strike. Pursuant to the international standards, the right to strike may primarily be excluded or restricted with respect to the professional members of the armed forces and the police, public servants and employees in the sectors of vital public interest. In this article, the author considers the circumstances and conditions under which the right to strike may be either denied or restricted to these categories of employees, as well as the compensatory guarantees these employees should necessarily be afforded instead, as a substitute for the right to strike.

Key words: *right to strike, freedom of association, trade unions.*

АЛТЕРНАТИВЕ АУТОРСКОМ ПРАВУ

Апстракт: Ауторско право (copyright) представља универзално прихваћен (светски прихваћен) систем заштите интелектуалних творевина у области књижевности, науке и уметности. Међутим, пошто овај систем има одређене недостатке, појављују се различите алтернативе copyright-у. Ова проблематика нарочито добија на актуелности и значају у дигиталном окружењу.

У раду су обрађени алтернативни приступи ауторском праву у облику копилефта и јавног домена.

Кључне речи: copyright, алтернативе, copyleft, јавни домен.

УВОД

Упркос чињеници да је ауторско право универзално прихваћен систем заштите духовних творевина у области културе, има мишљења да copyright не представља идеалан модел заштите и да га треба мењати. У том смислу, као алтернативе (противтеже) ауторском праву појављују копилефт (copyleft) и јавни домен (public domain). Копилефт означава могућност коришћења закона о ауторском праву да би се уклонила ограничења умножавања и дистрибуције дела, као и да се исте слободе сачувају у модификованим верзијама. Дела су у јавном домену када уопште нису под ауторскоправном заштитом, јер је, нпр. легитимни носилац права тако одлучио или је за дело протекао рок ауторске заштите.

Поставља се питање због чега потреба за алтернативама ауторском праву. У почетку се сматрало да ауторско представља праву и ефикасну ствар. Аутор може оствари економске и друге погодности поводом своје духовне творевине, као и заштити свој труд од неовлашћеног искоришћавања од стране других (неовлашћених) лица, па тако спречи да се неко други богати на његовом раду. Међутим, постоје бројни проблеми везани за коришћење ауторског права, тако да је пракса другачија од онога што је иницијално замишљено. Стога,

треба направити економску анализу ауторског стваралаштва, односно ефекат ауторовог опредељивања за ауторскоправну заштиту.

У дигиталном окружењу, дакле у време ИТ, пре свега интернета, неопходно је да што више људи види дело да би оно стекло популарност. Уколико аутор чврсто држи своје ексклузивно право или га уступи некој компанији, не постоји могућност за ово и његова зарада неће бити велика, осим у ретким случајевима. С друге стране, уколико би аутор бесплатно поставио своје дело широј публици, чини се да тиме не би могао ништа да заради.

Поставља се, онда, питање ко онда стварно зарађује захваљујући ауторском праву? Чини се да зарађује мали број аутора чија дела нису неопходно најквалитетнија, нити је у та дела уложено много труда, већ је вероватније да се ради о делима прилагођеним најширој публици и стекла су славу плаћеним рекламама, као и њихови аутори. Дакле, ради се о тзв. комерцијалним делима, тренутно актуелним или тренутно потребним јавности, из било ког разлога (социјалног, политичког, пропагандног, чак и војног). Дакле, ауторско право награђује одсуство квалитета, јер се накнада аутору мери према продатим примерцима, а не према стварној вредности. Следећи корак су, наравно, велике компаније које откупљују ауторска права од аутора, којима је једини интерес сопствени раст и профит. Управо ове компаније имају највећи утицај на политичаре, што за последицу има доношење и спровођење закона штетних за ширу јавност. Резултат тога су, сем борбе против „пиратерије“, и продужење закона о ауторском праву и уопштено свака подршка и јачање ауторског права, нешто што је константно присутно у скоро свим државама света.¹

После свега, поставља се круцијално питање, како онда аутор може да оствари два циља истовремено: да заштити своје дело и да заради на њему? Решење је у избору алтернативне лиценце ауторском праву, тј. једној од Creative Commons (CC) лиценци. Примери:

- Аутор књиге се одлучи за ауторско право, продаје га издавачу, издавач се одлучује за мали тираж, јер постоје друга дела која су далеко траженија и без рекламе, аутор добија малу накнаду и славу;

- Аутор се одлучи за ауторско право, али сам издаје књигу. Највероватније је да ће та књига завршити код познаника и пријатеља, јер неће моћи другачије да је прода;

- Аутор се одлучи за Creative Commons и да дозволу да људи деле његово дело преко интернета, али одреди да за штампано издање узима накнаду од издавача.

¹ Наравно да саму добит имају и политичари, јер лобисти великих компанија богато награђују владу/странке/појединце. На свим телевизијама можете чути како “пиратерија” и кршење ауторског права коштају Србију сваке године милионе евра, што из више разлога је потпуна лаж проистекла управо из сарадње компанија, политичара и медија.

Примена СС лиценци имаће за последицу да велики број људи види одређено дело, које ће тако стећи популарност, због чега ће и хтети да купе штампано издање. Велике су шансе да ће на овај начин продати више књига него у првом случају.

Постоји и проблем око тога на шта се све може ставити ауторско право и како то компаније искоришћавају. Ако је дело (књига) у јавном добру, издавачка компанија поново може ставити ауторско право на њу, јер има права да стави ауторско право на фусноте, епилог, увод, биографију или превод. Следећи проблем је код уметничких дела сем литералних, где, на пример, није дозвољено сликање или објављивање фотографије статуе уколико је она заштићена ауторским правом, без дозволе власника права.

Осим изнетог, велики проблем ауторског права је тешкоћа (или чак и немогућност) утврђивања шта је плагијат, а шта оригинално дело, и колико је то дело заиста оригинално а колико под утицајем других већ постојећих дела, заштићених или у јавном домену.

Само је један пример неправичности ауторског права што захваљујући њему познати текстописци зарађују вишеструко више од аутора других класичних дела. Основно правило је поново – мали квалитет да би се добро продало. Најзад, у оквиру разматрања дилеме ауторско право или алтернативне опције, долазимо до питања етике. Ауторско право користи капиталистичким и глобалистичким аспирацијама компанија, па, стога, доводи до директног кочења прогреса. Као што већина научника сматра, дељење је основа за прогрес, а за дељење је одсуство ауторског права неопходно. Избор Creative Commons, „copyleft“ license или јавног добра служи свим људима. Иако заговорници ауторског права тврде да се посао не може развити без њега, бројни су примери успешних компанија и пројеката базираних управо на одсуству истог: Mozilla, Wikipedia, Red Hat, Novell, Oracle...

2. COPYLEFT

Copyleft је лиценца која штити ауторска права, али, за разлику од copyrighta, допушта бесплатну употребу, дистрибуцију, али и мењање дела на које се односи, под условом да измењена верзија такође буде copyleft.

Копилефт ([енгл. Copyleft](#)) је непреводива игра речи која означава праксу да се користи закон о [ауторском праву](#) да би се уклонила ограничења копирања и даље дистрибуције дела других особа, као и да се исте слободе сачувају и у изведеним (модификованим) верзијама.²

² Овде је и мала конфузија – и „copyright“ и „copyleft“ су у ствари ауторска права, а на српском језику постоји превод само за „copyright“ и он гласи „ауторско право“, иако је „copyright“, у ствари, подскуп „ауторског права“ коме такође припада и „copyleft“.

Идеју copylefta зачео је Richard Stallman, још 1984. године, када је, желећи да развије потпуно слободан оперативни систем попут Unix-а, покренуо пројект - Фондација за слободни софтвер.³ Унутар овог пројекта створен је концепт и правна конструкција под називом “Општа Јавна Лиценца” (General Public License - GPL) који је свима омогућавао слободу употребе, измене и репродукције дигиталног или физичког дела или његових изведеница.

Без обзира што идеја копилефта садржи [левицарски](#) дух, она је блиска и многим научницима који верују да је предуслов за напредак заједнице доступност резултата претходних истраживања. Пре почетка копилефтовања, програм (садржај) који би један човекољубиви аутор предао у [јавно власништво](#), убрзо би бивао претворен у приватно власништво компанија или појединаца, који су га само мало преправили или дорадили, а затим заштитили. Суштина копилефта јесте да омогућава да све измењене и допуњене верзије копилефтованог софтвера или неког другог дела, остају слободне и копилефтоване. Ауторско дело које је копилефтом “ослобођено” заштите не може се више “заробити”, чак ни од стране најмоћнијих [корпорација](#).

У ауторскоправном смислу, copyleft је популарни назив за лиценцу под именом “Општа јавна лиценца” (General Public License), која утврђује власништво, идентификује аутора и допушта употребу, (ре)дистрибуцију оригиналног дигиталног (софтвер, текст, видео у електронском облику) или физичког дела (штампани текст). Copyleft допушта измену дела и дистрибуцију измењене верзије под условом да измењена верзија такође буде copyleft.

Суштински, примена copyleft лиценце, има за последицу, да само аутор може полагати право на оригинално дело, али свако има право и слободу да га промени, уз услов да наведе аутора оригиналног дела и да пристане да промењена верзија такође буде под “Општом јавном лиценцом”.

«Обична» ауторска права илити соруyright утврђују власништво и идентификују аутора, али спречавају измену дела и ограничавају употребу и дистрибуцију дела без накнаде и сагласности носиоца права. Ово, наравно под условом да се не ради о законским ограничењима ауторског права.

Поставља се питање због чега Copyleft?

Када се неко дигитално или физичко ауторско дело објави, односно стави у промет, оно, фактички, припада јавној сфери (Public Domain). Оно није заштићено на било који начин (ни соруyrightом ни copyleftом), јер потенцијално омогућава неовлашћену употребу, па и злоупотребу (новчану корист од туђег дела). Copyleft заштићује дело, али за разлику од соруyrightа допушта слободну употребу и, уз потребно техничко знање, побољшање / прераду дела.

Када се помиње потребно техничко знање, мисли се на copyleft софтвер који је могуће репрограмирати, за шта је потребно имати такозвани отворени, изворни код (OpenSource), који је основа сваког софтвера. Овај код је недоступан

³ Више на сајту: www.gnu.org

у случају софтвера заштићеног copyrightom, а copyleft софтвер га бесплатно нуди било коме ко га жели модификовати, тј. побољшати.

Термин слободни софтвер користи се и за софтверска дела заштићена copyleft лиценцом са отвореним кодом, али и за софтвер и друга дела која су copyleft, али се не могу модификовати, као што су рецимо звучни фајлови.⁴

Поставља се питање, како аутор може практично **заштитити своје дело под “Општом јавном лиценцом”**? Како наводе у “Општој јавној лиценци”, copyleft се примењује тако што се у дигитално или физичко дело стави обавештење власника ауторског права која изгледа овако:

Copyright (C) 20XX

Ова је информација слободна, можете је редистрибуирати и/или мењати под условима које доноси GNU GPL “Општа јавна лиценца”, а коју је издала Free Software Foundation.

Ово је само заглавље информације чији остали детаљи се могу видети на одговарајућим веб сајтовима.⁵

3. CREATIVE COMMONS (CC) ЛИЦЕНЦА

Поред Опште јавне лиценце, која се углавном користи за лиценцирање софтверских апликација, концепт copylefta промовише још једна слична, Creative Commons лиценца.⁶

Creative Commons лиценца је, такође, лиценца која идентификује власника ауторског права и омогућава слободно коришћење и дистрибуцију дела, али и омогућава бирање модела лиценце која може, али и не мора допустити модификовање дела. Попут “Опште јавне лиценце” за слободни софтвер, CC лиценца има за циљ проширење простора слободног стваралаштва, његову

4 Примери OpenSource-а и слободног софтвера су Linux оперативни системи или апликације које раде и на Windowsima, као што су OpenOffice - еквивалент Microsoft Office-у, Mozilla web browser као еквивалент IExploreru, GIMP као пандан PhotoShoru итд.

5 <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.txt> или на <http://www.fsf.org/philosophy/nonsoftware-copyleft.html#how>

6 Creative Commons су 2001. године, основали стручњаци који се баве правом интернета и интелектуалном својином: James Boyle, Michael Carroll, Lawrence Lessig, професор информатике Hal Abelson, адвокат специјализован за право интернета и документариста, Eric Saltzman и електронски издавач Eric Eldred, уз подршку сарадника и студената Berkman Center for Internet & Society при Правном факултету универзитета Харвард, као и Stanford Law School и Stanford Law School Center for Internet and Society. Главни носилац пројекта Creative Commons Србије је Wikimedia Serbia, коју подржавају Центар за нове медије (kuda.org) и Слободна култура, мрежа за афирмацију слободне културе, слободног софтвера и слободног знања.

Корпорација Creative Commons налази се у Масачусетсу и темељи се на раду сарадника из различитих делова света. Главна седишта налазе се у Сан Франциску (САД) и Лондону (ВБ). Детаљније на сајту: <http://creativecommons.org/>

размену и његову доступност у јавном домену, али за различите стваралачке садржаје: музику, фотографију, филм - видео, књижевност, дизајн,...»

Поставља се питање, због чега лиценцирати дело?

● Да би аутор (носилац права) могао остварити своје право да одређује слободе у коришћењу и размени својих дела;

● Да би аутор имао одговарајућу лиценцу за своја дела;

● Да би аутор могао поделити своје стваралаштво с другима.

Creative Commons је свеобухватно решење за лиценцирање ауторских дела као јавно доступних и отворених садржаја. У данашњем окружењу, где су дигиталне технологије за стварање и размену широко доступне, све више интелектуалних стваралаца жели да корисници могу слободно - без кршења ауторског права - користити, прерађивати и размењивати њихова дела. Ова лиценца омогућава да култура и наука наставе бити оно чему су увек тежили - заједничко добро и производ људске сарадње.

СС омогућава ауторима да лиценцама правно искажу ту своју вољу и да за разлику од стандардног рестриктивног ауторско-правног режима могу задржати само нека права.

3.1. Врсте СС лиценци

Постоје више врста СС лиценци. Тренутно су актуелне:

● *Creative Commons Attribution* – Именовање;

● *Creative Commons Attribution-Noncommercial* - Именовање-некомерцијално;

● *Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works* - Именовање-некомерцијално-без прерада;

● *Creative Commons Attribution-Noncommercial-Share Alike* - Именовање-некомерцијално-дели под истим условима;

● *Creative Commons Attribution-No Derivative Works* - Именовање-без прерада;

● *Creative Commons Attribution-Share Alike* - Именовање-дели под истим условима.

3.2. Како “Општа јавна лиценца” и/или “Creative Commons” лиценца штите аутора ако се деси злоупотреба?

Ни једна од наведених лиценци нема механизам правне заштите, већ и једна и друга само бесплатно дају правно важећу лиценцу (у дигиталном или штампаном облику) и омогућавају првобитном аутору дела да покрене правни поступак. Што се комерцијалне исплативости тиче, неки од сорyleft софтвера као RedHat или Mandrake дистрибуције Linuxа забележили су веће успехе на тржишту, углавном наговарајући владе држава или градова да користе њихов софтвер, и остварујући профит од одржавања софтвера.

3.3. Копилефт и пројекат GNU

Фондација за слободни софтвер, створила је пројекат GNU, који промовише слободу говора на интернету, право на употребу софтвера за приватну комуникацију и стварање софтвера неусловљеног приватним монополем.⁷ Пројект GNU је акроним за “Гну није Уних” (“GnuNotUnix’s”). Варијанте отворених GNU оперативних система, као што су Linux оперативни системи, данас су надалеко познате, мада је тачније назвати их GNU/Linux системи.

Данас постоји неколико копилефт опција помоћу којих аутор може тачно дефинисати степен заштићености свог садржаја. Најпознатија је [GNU лиценца](#) коју је формулисао [Ричард Сталман](#).⁸ Он је, 1984. године, покренуо “Задужбину за слободни софтвер”, покушавајући да разбије монопол фирми као што је [Microsoft](#), а рачунајући на солидарност међу члановима програмерске заједнице. Сталман верује да су многим програмерима пријатељство и напредак важнији од богаћења и да њихова удружена креативна енергија може угрозити деструктивни монопол [софтверских](#) гиганата. Да би обезбедио да нико не присвоји резултате рада његових истомишљеника, Сталман је објавио неколико GNU лиценци од којих је најпопуларнија “[Општа јавна лиценца](#)”.

Ове (GNU) лиценце гарантују слободу дељења и измене софтвера. [Слободни софтвер](#) не значи да он мора бити бесплатан. Али за разлику од великих софтверских фирми које клијентима продају програм пажљиво скривајући његов изворни код, аутори програма заштићеног “Општом јавном лиценцом” обавезују се да ће клијенту уз свој производ, ако га уопште наплаћују, дати све податке и кодове које сами поседују. Доступност изворног кода, који гиганти информатичке технологије, као што је Microsoft, крију као највећу пословну тајну, представља предуслов да софтвер буде добар и приступачан. Само је софтвер чији је код “ослобођен” копирајта могуће релативно лако и јефтино модификовати и прилагодити потребама корисника.

Највеће достигнуће у борби против копирајта до сада представља [Linux](#), оперативни систем.⁹ Овај оперативни систем нуди много више могућности, јер уз инсталацију [Linuxа](#), по правилу иде и пакет бесплатних програма за обраду текста, слика, звука, видео монтажу, дизајн, веб дизајн и тд. У свету постоји много верзија Linuxа, јер, практично свако ко се бави програмирањем може направити своју. Најпознатије су: Redhat, Suse, Knopix, Rastasoft...¹⁰

⁷ www.gnu.org

⁸ Он је зачетник идеје копилефта и бивши истраживач у Лабораторији за вештачку интелигенцију МИТ универзитета.

⁹ Он је алтернатива Бил Гејтсовом Windows-у. Зачео га је Linus Torvalds, а користи га већ преко двадесет милиона људи.

¹⁰ ГНУ лиценце су захваљујући групи ентузијаста из Српског рачунарског друштва “Уликс” преведене и на српски језик, мада незванична верзија превода коју

У последње време, све је популарнији и [Freenet](#), интернет унутар интернета, који има преко два милиона корисника.¹¹

3.4. Copyleft и Creative commons

Нема сумње да највећу наду копилефта, који је већ прерастао оквире маргиналне интернет контракултуре, представља непрофитна организација “Креативно добро” ([Creative Commons](#) или СС), коју је основао [Лоренс Лесиг](#), професор права на Стенфордском универзитету. Лесиг је уочио да постоји велики јаз између све разуђеније и слободније културе у ери интернета и крутих правних норми. Он је замислио СС као мост између ова два света. Лесигове флексибилне и бесплатне СС лиценце примењиве су за музику, дизајн, књиге или филмове. Лесиг и сарадници већ припремају лиценце прилагођене законодавству у више од шездесет земаља.

3.5. Неке дилеме око ауторских права

Проблем са [ауторским правима](#) постаје много компликованији ако са софтвера пређемо на дизајн, музику или филмове. Копилефт је замишљен само за ситуације поводом оних знања или садржаја који се могу копирати или репродуковати. Ако би у потпуности копилефтовали неко уметничко дело, нпр. уље на платну или камену скулптуру, свако би имао право да “доради”, па тиме и озбиљно оштети такво дело. Због тога, СС лиценца омогућава ауторима уметничких дела да неке аспекте свога дела практично оставе некопилефтованим.

За идеологе копилефта кључно је питање колективне природе интелектуалног стваралаштва. Велики број аутора тврди да један изум никада није производ само једног творца, макар он био и генијалан. [Дејвид Бери](#) и [Џајлс Мос](#) тврде да је концепт власништва над идејама “погубан по креативност” и да су захваљујући законима о интелектуалној својини идеје постале роба коју су богате компаније присвојиле и сакриле.

Мада је могуће зарађивати на копилефтованим производима, то је прилично тешко и профити су много мањи. Копилефт, ипак, може послужити и као одлично маркетиншко средство. Због тога, неки уметници су копилефтовали своја музичка и сл. дела, да би поспешили продају ранијих копирајтованих издања.¹²

ћете наћи на мрежи још увек није усклађена са нашим законодавством. У западним земљама, где је [пиратерија](#) давно сведена на најмању могућу меру, главно упориште борбе за доступнију забаву, уметност или софтвер је у копилефту.

11 Овај копилефтован програм студента Универзитета у Единбургу је тако децентрализован да онемогућава било коју форму цензуре и шпијунирање корисника чини изузетно компликованим. Freenet се зато често користи у Кини и Саудијској Арабији за дистрибуцију забрањеног и цензурисаног материјала.

12 Тако, нпр. Beasty Boys, David Byrne и Gilbert Gil објавили су нека од својих издања користећи СС лиценцу.

Најжешћи противници копилефта су највеће и најмоћније компаније, уједно, највећи монополисти у одређеној области ауторског стваралаштва. Тако, власник Microsoft, [Бил Гејтс](#), заговорнике копилефта назива “неком врстом савремених комуниста”, на основу чега су они себе иронично прозвали “Креативне комуњаре” (Creative Commies). Копилефт активисти тврде да копирајт највећу штету наноси земљама [трећег света](#), којима су недоступни заштићени и скупи лекови, научни часописи или генетички модификовано семење пољопривредних култура. Интелектуална својина је, према њима, само нов начин да богати запад настави експлоатацију бивших колонија и осталих земаља трећег света, само на нов начин.

3.5. Претварање технологије у законе

Без обзира што се на први поглед чини, да медијске, финансијске и друге компаније имају ефикасна средства контроле у коришћењу дигиталног садржаја, показало се, ипак, да законски оквири нису довољно широки. Појављивањем слободних лиценци које су омогућиле стварање слободних садржаја, закони су доведени у службу крајњих корисника омогућавајући правну заштиту слободе. Стога су медијске компаније показале потребу за новим концептом контроле који ће много ефикаснији од закона. Као кључна могућност за прављење глобалног система контроле појављује се сама технологија. За разлику од закона који је могуће прекршити, технологија у служби контроле би функционисала много ефикасније, заобилазећи уско грло у виду примене законских норми и евентуалног процесуирања њиховог непоштовања. Тачније, потреба за тим би престала да постоји, јер само кршење правила не би било могуће. У циљу остваривања оваквих намера, а под велом повећања сигурности и поузданости корисника стално се развијају и усавршавају нове технологије, које ће заједно са модификованим законима, постати максимално ефикасно средство контроле и заштите.

Као што је већ истакнуто, DRM представља појам који покрива неколико различитих система и механизма глобалне контроле садржаја. У циљу унапређења своје функције, DRM би требало да озакони системе контроле који омогућавају потпуно контролисање дигиталних садржаја, било која употреба да је у питању. Рани пример DRM-а су криптовани DVD садржаји, који су кодирани одређеном енкрипцијом чији је кључ у власништву DVD форума и држи се у тајности, па произвођачи DVD плејера морају потписати одређене уговоре како би могли да репродукују криптовани DVD садржај. Ово је само један од примера како DRM прописи онемогућавају слободну размену садржаја, па се често може чути да би скраћеница DRM требало да означава Digital Restrictions Management.

ЗАКЉУЧАК

Нема сумње да систем копирајта представља универзално прихваћен и у пракси верификован систем заштите интелектуалних творевина у области књижевности, науке и уметности. Овакав систем са одређеним модификацијама и усавршавањима на снази је у читавом свету скоро два века. Као и свако право, тако је и ауторско право резултат тешко постигнутог компромиса интереса различитих категорија релевантних субјеката – учесника у ауторско-правном односу. У том ланцу субјеката увек је нека карика била релативно јача или слабија у односу на друге. Тако, некада су аутори ти који сматрају да њихови интереси нису довољно заштићени, у другим случајевима су корисници или уживаоци дела сматрали да су интереси аутора претерано и неоправдано заштићени. И тако у недоглед. Оно што је сигурно то је да нема идеалног решења и апсолутне правде и задовољства, кад год су тангирана два или више субјекта. Просто, јер је то природно. Немогуће је некој страни нешто дати а не узети од друге и да обе стране буду апсолутно задовољне. Управо је, стога, циљ и *ratio* постојања ауторског права да у што већој мери заштити интересе аутора, али да истовремено свим другим субјектима тзв. не-ауторима, па и држави обезбеди одговарајући комодитет у разумном задовољавању њихових интереса и потреба за коришћењем ауторских творевина других лица.

Због свега изнетог, очигледна је нужност постојања система копирајта. То свакако неби требало да буде спорно. Друго је питање, да ли овакав систем заштите треба да доживи реформу. Данас када индустријско друштво све више узмиче у корист информатичког, наравно да и ауторско право мора да следи трендове промена. У том циљу, свакако могу бити од користи одређене идеје копилефта. Међутим, само као допуњујуће систему копирајта, а никако као потпуна алтернатива. Чини се, ипак, да је можда преурањено препустити систем ауторскоправне заштите вољи и савести појединаца. Данас, у време свеопште комерцијализације и глобалне економске кризе, мало је преамбициозно очекивање да неко неће кршити туђа права, надајући се да ни други неће кршити његова.

Doc. Vidoje Spasić, LL.D.
*Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

ALTERNATIVES TO COPYRIGHT

Summary

Copyright law is a universally accepted and widely acknowledged system for the protection of intellectual creations in literature, science and art. Due to the deficiency of this system, various alternatives to copyright have appeared. This issue has become particularly relevant in the area dealing with digital environment. In this article, the author addresses the alternative approaches to copyright law which are embodied in the form of copyleft and public domain.

Key words: *copyright, alternatives, copyleft, public domain.*

ВАЖНОСТ ПОРЕСКОГ САВЕТОВАЊА У ЛАВИРИНТУ ПОРЕСКЕ РЕГУЛАТИВЕ¹

Апстракт: Намера аутора овог рада јесте да укаже на важност пореског саветовања и пореских саветника у савременој пореској држави коју одликује постојање комплексне пореске регулативе сличне лавиринту у коме обвезнику пореза није лако да се снађе. У почетном делу рада, аутор разматра одлике савременог опорезивања, пореске регулативе и пореских органа са циљем да одговори на питање: *Шта је ту добро а шта треба мењати?*“. Наставак рада обрађује питање различите „моћи“ пореских органа и обвезника пореза у поступку примене пореске регулативе и потенцијалне проблеме који притом могу да настану. Значај пореског саветовања и пореских саветника у њиховом решавању и у поштовању пореске регулативе обрађен је у завршном делу рада.

Кључне речи: пореска држава, пореска регулатива, порески поступак, порески органи, порески обвезници, пореско саветовање, порески саветници.

Увод

Савремена држава је пореска држава. Посредством пореског система она може остварити жељене ефекте опорезивања само уколико порески систем добро функционише, тј. уколико се успешно примењује. Структура пореског система, квалитет пореске регулативе и начин примене исте, одређују да ли ће и у којој мери порези бити прихваћени од стране пореских обвезника на које се односе. Не ретко се дешава да нејасност и нестабилност пореске регулативе стварају неугодан осећај код обвезника у вези пореског терета који треба да поднесу. Пореска регулатива сличи лавиринту у који обвезник мора да уђе али

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

је неизвесно како ће наћи пут да из лавиринта изађе.² Тада настаје потреба за пореским саветништвом и ангажовањем пореских саветника. Својим знањем, вештинама и саветима они треба да помогну обвезницима у уредном извршавању пореских обавеза.

Савремено опорезивање, пореска регулатива и порески органи – Шта је ту добро а шта треба мењати?

Плаћање пореза је прворазредна грађанска дужност у цивилизованим и демократским државама. Порески обвезник очекују да је у њима порески систем правичан и регулисан тако да он своју пореску обавезу може јасно препознати, проценити и лоцирати у простору и времену и извршити је, а да притом не остане ни најмања сумња да је евентуално (ненамерно) пропустио платити неки порез, платио га у износу вишем од стварно дужног или пак да је на име извршења пореске обавезе платио нешто на шта уопште није био обавезан.³ Поред незаобилазне правичности, поставља се, дакле, захтев за транспарентношћу, једноставношћу и стабилношћу пореске регулативе, као логична последица развоја пореза као доминантног јавног прихода.⁴ Наведено је битна претпоставка добровољне сагласности обвезника у повиновању порезима и њихове лакше примене од стране пореских органа. Но, пракса показује да је, у савременим условима, права умешност ову претпоставку обезбедити. Најчешће су порески системи непрегледни, гломазни, неконзистентни, компликовани и такво стање је потребно мењати.⁵

2 Порези су принудна давања држави а обвезник нема могућност избора хоће ли или не да плати порезе. Он се мора суочити са пореском регулативом. Што је регулатива сложенија и нејаснија то је и обвезнику теже да разуме и испуни све обавезе у вези са порезима.

3 Барбара Јелчић, Неки принципи опорезивања – јучер и данас, Право и порези, бр. 6/2003, стр. 12.

4 У том смислу видети: Parthasarathi Shome, Tax Policy and the Design of a Single Tax System, Bulletin for International Fiscal Documentation, No 3/2003, p. 99-100.

5 Област опорезивања је заинтересовала информационо-комуникациону технологију као атрактивну сферу улагања и оплодне капитала. Базе које садрже пореске прописе постале су свакодневна потреба пореских органа. Протекло време је потврдило да ове базе могу много да помогну и пореским обвезницима приликом упознавања пореске регулативе. Примера ради, Deloitte Touche Tohwantsu International, једна од највећих рачуноводствених и консултантских кућа у свету, препоручила је свој софтверски пакет „Светски порески планер“, док шветски Contax, рекламира светску пореску енциклопедију за кориснике персоналних рачунара. Видети: Жарко Ристић, Фискални менаџмент, Савремена администрација, Београд, 2002, стр. 478.

За нормалан однос порески органи – порески обвезници изузетно је битан квалитет пореске регулативе⁶ и садржина порескоправних решења (избор адекватног пореског облика, врста и висина пореских стопа, обим пореских подстицаја).⁷ Када држава конципира систем и политику опорезивања и отелотворује је преко пореских прописа она мора да води рачуна о свим предстојећим ефектима опорезивања.⁸ Порески обвезник који има тачан увид у порески систем и мере пореске политике, односно који може без већих тешкоћа стећи јасну и целовиту слику о актуелном опорезивању, лакше ће прихватити порез, психолошки ће лакше подносити пореско оптерећење јер неће сматрати да је (евентуално) преварен, закинут, изманипулисан.⁹ Неспоран циљ државе и треба да буде да се важећа пореска регулатива примењује и да се њено поштовање контролише, јер у супротном ова регулатива губи ауторитет. Тада настаје велики проблем јер је значај пореза (пореских прихода) за нормално функционисање савремене државе и друштва фундаменталан.

У сврху превазилажења тог и сличних проблема улога пореских органа у савременом друштву се модификује. Они су, с једне стране, чувари јавног интереса у области опорезивања док, с друге стране, примењују савремени услужно-оријентисани модел рада и пореским обвезницима пружају извесан број услуга у вези са испуњавањем пореских обавеза.¹⁰ Коректност пореског поступка и коректно одлучивање у овом поступку треба да представљају темељан механизам заштите права и интереса обвезника пореза од незаконитог или арбитрарног поступања пореских органа. Са квалитетном пореском регулативом то је лакше и остварити. Најпре, неће доћи до превеликог гомилања пореских предмета које треба решити и неће се, као последица тога, јавити

6 Неразумљиви, сложени и бројни порески прописи негативну утичу на поверење обвезника у пореску власт и тачност утврђеног пореза а, такође, повећавају и незадовољство пореских обвезника радом пореских органа.

7 Често се пренебрегава чињеница да је систем опорезивања у директној вези са системом јавних расхода у једној земљи. Висина пореских прихода које треба убрати условљена је висином јавних расхода. Смањењем укупних или појединих јавних расхода, разматрањем њихове ефикасности и рационалности, укидањем неких од њих, модернизацијом целог јавног сектора утиче се на опорезивање и висину пореског оптерећења пореских обвезника.

8 Примена пореза (утврђивање, контрола и наплата пореза) је најзначајнији моменат реализације пореске политике који изазива сложена фискална, економска и социјално-психолошка дејства.

9 Божидар Јелчић, Рационални порезни сустав, Право и порези, бр. 2/2003, стр. 5.

10 Реч је о тзв. пореским услугама које се пружају у Сервисима за пореске обвезнике а тичу се појашњења пореских прописа, одговора пореских органа на бројна питања пореских обвезника, унапред припремљених пореских информација за које је пракса потврдила да су најпотребније пореским обвезницима и сл.

спорост у поступцима¹¹ нити захтев за повећањем запослених у пореским органима како би се сви ти предмети решили. Уз то, порески службеници ће бити у могућности да се више удубе у суштину пореских предмета, које треба да реше у пореском поступку, отклањајући тако могућност за шематизацију и аутоматизацију у поступању која најчешће доводи до грешака и кршења и права и интереса обвезника. Ноторна је чињеница да порески обвезници желе да виде правичност пореског система на властитим порескоправним ситуацијама и важно је да буду сигурни да порески службеник неће само рутински применити пореску регулативу и рутински „решити“ њихов порески предмет. Најзад, веће су претпоставке да ће се поступање пореских органа при примени квалитетне пореске регулативе базирати на неким општеприхваћеним правним и економским вредностима. Правне вредности су законитост у поступању, заштита јавног интереса, заштита права и интереса пореских обвезника, правна одговорност, управна и судска контрола рада пореских органа, непристрасност пореских органа у пореском поступку. Економске вредности су економичност, ефикасност и ефективност које су уједно и показатељи успешне примене пореске регулативе.¹²

Различита „моћ“ пореских органа и пореских обвезника у пореском поступку

Неспорно је да порески органи и порески обвезници у пореском поступку имају различиту „моћ“. Порески органи иступају са позиције државне власти и њихов примарни задатак је утврђивање пореске обавезе обвезника. Примарна дужност обвезника је испуњавање пореске обавезе (плаћање пореза као принудног давања држави). У савременим и демократским државама, пореским обвезницима се гарантују и права која су не само формална, већ и стварно остварива. Но, сам назив „слабијег“ учесника у пореском поступку – назив порески обвезник – потврђује да је пореска обавеза оно што овај поступак првенствено обележава.

Порески обвезници који финансирају савремену државу 21. века захтевају да у пореском поступку са пореским органима имају однос који није

¹¹ Опасност коју спорост у поступцима носи јесте губитак поверења у пореске органе. Порески обвезници се обраћају пореским органима са почетно исказаним поверењем у ове органе али се то поверење сигурно губи кроз дуготрајност пореског поступка (првостепеног и другостепеног пореског поступка). Уколико порески органи порески поступак не спроводе или га спроводе споро, а порески обвезници остану без разрешења властитих порескоправних ситуација или до таквог разрешења долази након протеча дугог временског периода, нарушена је правичност. Она је увек нарушена и неправилном активношћу пореских органа у поступку која резултира незаконитим пореским решењима.

¹² У том смислу видети: Марина Димитријевић, Пореска администрација у светлу неких европских захтева, Правни живот, бр. 11/2008, стр. 728-734.

искључив, једносмеран, проста принуда да се обвезници повинују захтевима који произилазе из пореских закона. Они од пореских органа очекују да буду стручни, објективни у поступању, носиоци културе опорезивања. Неопходно је постојање предуслова да се евентуални порески проблеми и спорови брзо решавају и да се, захваљујући квалитетном поступању пореских органа, ствара веће поверење пореских обвезника у државу коју финансирају.

Захтеву пореских обвезника да се порези примењују уз уважавање пореско-техничких начела такође је неопходно удовољити.¹³ Опорезивање кошта и државу и пореске обвезнике и битно је како се порески поступак спроводи. Укупне трошкове опорезивања (*total costs of taxation*) чине трошкови пореских органа (*administrative costs of taxation*) и трошкови пореских обвезника (*compliance costs of taxation*). Трошкови пореских органа (административни трошкови) се јављају при примени постојећих пореских закона (пореске регулативе). Трошкови пореских обвезника (трошкови плаћања пореза) су сви они трошкови које су имали порески обвезници при испуњавању захтева пореских закона и захтева пореских органа. У том смислу изузетно је важно, да ли су захтеви које порески органи постављају пореским обвезницима у пореском поступку увек оправдани или не.¹⁴ Дуго чекање у редовима испред пореских шалтера и канцеларија, потреба да се више пута долази у пореску службу да би се испунила нека обавеза у вези са порезима или чињеница да приликом предаје пореске документације увек недостаје још један папир (и поред претходне консултације са пореским службеником), примери су неисправне праксе поступања пореских органа. У том случају, изостанак (правилног) подмирења пореских обавеза може бити резултат незнања, недовољне информисаности пореских обвезника

13 Детаљније посматрано, мишљења смо да порески органи треба да се руководе следећим идејама приликом обављања пореских послова и у контактима са пореским обвезницима: јасни стандарди у поступању; отвореност и перманентна могућност информисања обвезника о пореским питањима која их интересују; консултовање пореских обвезника о појединим пореским темама; недискриминација пореских обвезника; уважавање посебних карактеристика појединих категорија обвезника пореза; улагање напора да се утврде, признају и исправе грешке у пореском поступку; успостављање сарадње са другим субјектима који поседују информације значајне за опорезивање.

14 У порескоправној литератури наилази се на деобу трошкова пореских обвезника (трошкова плаћања пореза) на новчане, временске и психолошке трошкове. У новчане трошкове спадају трошкови којима се непосредно умањује приход пореског обвезника (накнада рачуновођи, пореском саветнику, банкарска провизија). За испуњавање одређених формалности (попуњавање пореске пријаве, прикупљање и слање података пореском органу, консултовање пореског саветника, одлазак у просторије пореског органа) потребно је одвојити време – то спада у тзв. временске трошкове. Психолошки трошкови обухватају забринутост и узнемиреност у вези плаћања пореске обавезе а појачани су неразумевањем сложених пореских прописа од стране обвезника или у случају превисоко одређене пореске обавезе. Видети: Милева Анђелковић, Пореско право – Теоријски аспекти и пореске реформе, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 1999, стр. 85.

о њиховим пореским обавезама или последица неадекватне организованости, мотивисаности и ефикасности пореске администрације.¹⁵

Прави смисао пореског поступка јесте да се правно регулише поступак решавања о појединачним правима и обавезама пореских обвезника у конкретним пореским стварима и овај смисао се не треба и не сме изигравати неадекватним захтевима и поступањем пореских органа (пореских службеника). Пореским законима се правно предвиђа и нормативно фиксира процедура у случајевима када порески орган решава о појединачним правима, обавезама или правним интересима пореских обвезника. Тако унапред прописана процедура треба да пружи заштиту, пре свега, пореским обвезницима као странкама у пореском поступку, јер унапред знају које процесноправне ситуације могу очекивати у контактима са пореским органима. Другим речима, доношењем закона којима се детаљније регулише поступање пореских службеника ствара се претпоставка да порески поступак и порески службеници буду под окриљем права. У интересу је пореских обвезника да унапред знају „правила игре“ у односима са пореским органом, што јача начело правне сигурности и заштите пореског обвезника као странке у поступку. Службено лице у пореском поступку је дужно да истовремено остварујући и штитећи јавни интерес у пореској области штити и права и интересе пореских обвезника. Све појединачне радње у поступку треба да служе једном заједничком циљу а он се састоји у правилном и законитом решавању конкретног пореског предмета. Строго поштовање пореског поступка од стране пореског органа је сигурна гаранција правилне примене материјалних порескоправних норми.

Шта ако све, напред наведено, изостане или ако порески обвезници желе да унапред буду сигурни да су све радње у вези својих пореских обавеза, правилно и благовремено предузели и да је исто такво понашање и пореских органа у пореском поступку? Решење је једноставно – треба ангажовати пореске саветнике.

Пореско саветовање, порески саветници и поштовање пореске регулативе

Пореско саветовање има дугу историју. Зачетци се могу наћи још у старом веку. У античкој Грчкој се Демостен (384.- 322. п.н.е.) занимао за право и пореско законодавство, а из његових говора и списа се већ могла одредити професија пореских саветника. И у раздобље Римског царства досеже историја пореског саветовања. Наиме, оратори су у својим говорима давали савете на форумима

¹⁵ Реч је, заправо, о тзв. пасивном избегавању испуњавања пореских обавеза (плаћања пореза). Активно избегавање плаћања пореза постоји када порески обвезници свесно нетачно приказују релевантне пореске податке или их прикривају пред пореским органима како би умањили своје пореске обавезе. Видети: Божидар Јелчић, Финанцијско право и финансијска знаност, Информатор, Загреб, 1998, стр. 191.

и разлоге за плаћање пореске обавезе. Касније су сличне послове обављали писари и књиговође за трговце.¹⁶

У средњем веку, стручни заступник се развио из првобитног заступника удружења. Носио је различита имена и појавио се као главна правничка фигура за опште правно саветовање и порескоправну помоћ. Као привредна фигура, он се јавља у средњовековној пореској историјској појави писара (чиновника) и у том лицу треба тражити зачетке саветовања и ревизије која данас постоји.¹⁷

У раздобљу новог века се развило трговачко књиговодство, које је захтевало промену писара у књиговође и рачуновође. Њихов задатак у области пореза је био темељити приказ пореских прихода, који је био потребан и због царинских послова. Значајну фазу у развоју књиговодства представља увођење двојног књиговодства, које се у XVI веку из Италије проширило на Немачку. То је допринело да „књиговођа“ напредује у „билансисту“, што се одразило и у области пореза.¹⁸

За уважавање пореског саветовања била је преломна 1799. година када се у Енглеској појавио модеран порез на доходак грађана и он је до краја 19. века био прихваћен и у континенталној Европи. То је био преломни тренутак за увођење пореског саветника у правни систем држава. Брзи раст потреба да пореским саветницима је пробудио, пре свега, специјализацију ревизора за пореско саветовање, јер су адвокати били усмерени на цивилно, кривично и процесно право. Професија пореског саветника, који је тај посао обављао као искључиву самосталну професионалну услугу, развила се почетком 20. века у развијеним тржишним привредама, у зависности од захтева државе за пореским обавезама. Тада су се већ појављивали и први примери законског уређења те професије.¹⁹ У Немачкој је 1935. године донет први Закон о пореском саветовању.²⁰

¹⁶ Љубиша Дабић, Пореско саветовање и порески саветници у земљама у транзицији, Правни живот, бр. 12/2007, стр. 5.

¹⁷ Ibid, стр. 5.

¹⁸ Ibid, стр. 5.

¹⁹ Национална законодавства данас различито регулишу професију пореских саветника. У Немачкој се примењује модел потпуног уређења где само лица са лиценцама могу пружати пореске савете. Модел делимичног уређења се примењује у Сједињеним Америчким Државама. У овом моделу свако и без квалификације може да даје пореске савете или да припреми пореску пријаву за неко друго лице. Међутим, обавеза је лица које припрема пореску пријаву, односно обрачун пореза да тај документ потпише. Странку, односно пореског обвезника пред пореским органом, може заступати само адвокат, лиценцирани ревизор и „припремљени заступник“. У већини земаља делатност пореског консалтинга није посебно уређена мада се пореским услугама баве адвокати и рачуновође у оквиру својих професионалних услуга. Наведено према: Victor Thuronyi, Comparative Tax Law, Kluwer, The Hague, 2003, p. 228-229.

²⁰ Љубиша Дабић, Пореско саветовање и порески саветници у земљама у транзицији, *op. cit.* стр. 6.

Основни циљ пореског саветовања је да помогне пореским обвезницима приликом испуњавања њихових пореских обавеза. Сходно томе, порески саветници пружају помоћ пореским обвезницима у погледу правилне примене пореске регулативе, саветују пореске обвезнике како да на основу важећих пореских закона плате најмање пореске обавезе, помажу пореским обвезницима приликом израде пореских пријава и пореских извештаја и у комуникацији са пореским органима поступају, на основу добијеног пуномоћја, као пуномоћници пореског обвезника.

Порески саветник је саветник правно-економске струке у свим пореским питањима, а због разгранатости ове проблематике њему су потребна посебна знања, односно већи степен специјализације.²¹ У европским оквирима су постављени захтеви које лице мора да испуни како би могло да пружа услуге пореског саветовања: 1) теоријско високошколско или упоредиво образовање; 2) практично образовање од најмање три године у пореском саветништву; 3) успешно положен испит или од државе признати испит, који за циљ има доказивање теоријског и практичног знања из подручја пореског система.²² Лице које ове захтеве испуни добија лиценцу за рад коју издаје професионална комора пореских саветника. Пореско саветовање могу обављати поред пореских саветника појединаца и друштва за пореско саветовање, уколико запошљавају одређени број пореских саветника са лиценцом.²³

Пружањем помоћи пореским обвезницима, стручним упозоравањем на проблеме и пропусте који се у пореском поступку јављају, порески саветници дају допринос поштовању пореске регулативе, правилном и законитом решавању пореских предмета у поступку и бржем и ефикаснијем остваривању права и извршавања обавеза пореских обвезника. Већ је истакнуто да порески органи могу бити најбољи сарадници али, понекад, и значајна препрека остваривању права и правних интереса обвезника.

Пореско саветовање као услуга, коју пореским обвезницима пружају порески саветници, има следећа обележја: саветовање је саветодавна услуга – дакле оно није било која услуга већ само она која је, по својој природи, саветодавна; саветодавна услуга је повезана са пореским обвезником као

21 У том смислу видети: Милева Анђелковић, Марина Димитријевић, Пореско право Србије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009, стр. 206-208.

22 Никола Мијатовић, Порезно савјетништво у Њемачкој с посебним освртом на деловање тзв. еуропских порезних савјетника, Право и порези, бр. 6/2004, стр. 36.

23 Саветовање великих пореских обвезника је стручно захтевније па се, сходно томе, најчешће ангажују друштва за пореско саветовање. Ту су, осим пореских саветника, укључени у рад и други стручњаци из различитих области, нпр. ревизори, адвокати, проценитељи и др. Закон о пореском саветовању Немачке који је, са каснијим новелама, на снази од 1975. године, предвиђа следеће облике друштва за пореско саветовање: акционарско друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и ортачко друштво. Видети: Милева Анђелковић, Марина Димитријевић, Пореско право Србије, *op. cit.* стр. 207.

странком (клијентом), а однос који порески саветник успоставља са странком је посебан правни однос; саветодавна услуга се припрема и пружа од посебно квалификованог и оспособљеног лица (пореског саветника); саветодавна услуга је интелектуална услуга коју, по правилу, могу да пружају само одређена лица, под условима и на начин одређен законом; саветодавна услуга се пружа на објективан и независан начин, у складу са законом, одређеним стандардима и етичким кодексом пореских саветника;²⁴ саветодавна услуга се пружа ради помагања странци да сазна или реши проблем, а ако је порески саветник овлашћен он је дужан да проблем у области пореза идентификује, анализира га, предложи решења и помогне при његовом решавању код надлежних пореских органа.²⁵

Неспорно је да су, захваљујући томе што порески саветници имају лакши приступ бројним информацијама у вези са порезима, порески обвезници поштеђени „лутања“ у лавиринту пореских прописа како би добили поуздан одговор на питање које су њихове обавезе у вези пореза. То сигурно побољшава положај и квалитет учешће обвезника у пореском поступку. Поред тога, постоје и други мотиви ангажовања пореских саветника. Њихов ангажман је често лични избор пореских обвезника тј. рефлексивна неповерења пореских обвезника у пореске органе, одговор на комплексност пореских закона и ниво пореског оптерећења њима постављен или просто могућност обвезника да послове у вези њихових пореских обавеза обављају друга, за те послове стручна лица.²⁶

Порески саветник треба да делује у најбољем интересу пореског обвезника. С обзиром на посредничку улогу између пореског органа и пореског обвезника у свом поступању он мора да адекватно усклади њихове интересе. Стога се показује да је улога пореског саветника дуална. На једној страни,

24 У Европи делује Европско удружење професионалних удружења пореских саветника (*Confederation Fiscale Europeene – CFE*), у које је учлањено преко 20 европских држава, а чији чланови могу бити у статусу редовних чланова или по позиву. Редовни чланови Европског удружења професионалних удружења пореских саветника су: Аустрија, Белгија, Швајцарска, Чешка, Немачка, Данска, Шпанија, Француска, Мађарска, Италија, Ирска, Луксембург, Холандија, Шведска и Велика Британија, а његови чланови по позиву су: Финска, Грчка, Малта, Пољска, Словачка и Словенија. Седиште овог удружења је у Паризу а основано је 1959. године како би се осигурао најмањи јединствени стандард приликом поступања и обављања послова пореског саветовања у Европи. У Цириху је 1991. године донет „Правилник пореских саветника у Европи“, који је ступио на снагу 1992. године. У овом правилнику су уграђена и „Европска ступовна начела пореских саветника“, донесена 1980. године. Правилник важи за све припаднике струковних организација – чланове Европске фискалне конфедерације и од истих струковних организација се примењује. Видети више: www.european-tax-adviser.com

25 Љубиша Дабић, Пореско саветовање и порески саветници у земљама у транзицији, ор. cit. стр. 7.

26 Марина Димитријевић, Значај кооперативности пореских обвезника у савременом пореском поступку, Право Републике Србије и право Европске уније, зборник радова, свеска 1, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009, стр. 427-428.

треба имати у виду основну поставку пореског саветништва која гласи: „Ако порески обвезник има дужност и обавезу плаћања пореза, онда он има право да плати само онолико пореза колико произилази из важећег пореског законодавства (регулативе).“ Легитимно је право пореских саветника да користе целокупна знања и вештине, како би пореска обавеза била што повољнија за пореског обвезника као њихову странку. У том смислу они могу да користе постојећа законска порескоправна решења, празнине у пореским законима, непрецизност и нејасноће њихових норми на начин да врше избор и примену најоптималнијег законитог и редовног поступања пореских обвезника (тзв. пореско планирање). Оно што није дозвољено је да своја знања и вештине користе у контексту незаконите пореске евазије. На другој страни, правилним тумачењем порескоправних норми и пружањем помоћи пореском обвезнику, порески саветници доприносе кооперативном понашању пореских обвезника у пореском поступку, тј. омогућавају примену пореских закона, остваривање њихове сврхе и јавног интереса у области опорезивања.

Закључак

Порески систем и његово благовремено, потпуно и квалитетно остварење имају велики значај за развој савремене државе и друштва. Стога је логично да држава широком лепезом мера, средстава и поступака подстиче добровољно повиновање обвезника порезима и поштовање пореске регулативе. Пракса, међутим, показује да у примени пореза има проблема. Нормативни пропусти, комплексне, нејасне, непотпуне и тешкопримењиве порескоправне норме отежавају испуњавање пореских обавеза и доследно поштовање пореске регулативе. На страни пореских обвезника тада настаје потреба за пореским саветовањем и пореским саветницима како би у односима са пореским органима боље испунили своје обавезе и заштитили права и интересе.

У савременој и демократској држави пореском обвезнику треба обезбедити отворени приступ свим информацијама о актуелном опорезивању, његовим садашњим и потенцијалним пореским обавезама. Обвезнику треба гарантовати и ефикасан механизам изражавања незадовољства ако порески органи не поступају у складу са пореском регулативом. Шансе за успех пореског обвезника у изражавању приговора на рад пореских органа биће веће уколико имају помоћ лица са стручним пореским знањем – пореских саветника.

Захтев за законитим и правилним поступањем пореских органа, будући да је то од изузетног значаја за остваривање правне државе и владавине права, пореском обвезнику нико не може оспорити. У исто време, такав захтев у понашању пореских обвезника, а у вези њихових пореских обавеза, имају право да истичу и порески органи. Помоћ пореског саветника је и у овом погледу непробојна јер пореском обвезнику најчешће није лако да се снађе у пореској

регулативи. Порески савети су му потребни да би савесно поступао у свим фазама процеса опорезивања.

Пореско саветовање је неопходно за изградњу и развијање здравих порескоправних односа. Важност коју данас оно и порески саветници имају у појединим државама није иста. Такво стање ствари је, чињенице показују, резултат развоја пореске области и пореске регулативе у тим државама, као и тога у којој је мери јак интерес да се пореска регулатива доследно примењује, доследно штити јавни интерес у сфери опорезивања али и права и интереси пореских обвезника.²⁷

РЕЗИМЕ

Квалитетан порески систем је незамислив без пореских саветника. Порески саветници су специјализована лица која, уз одговарајућу накнаду, пружају услуге пореским обвезницима у пореским стварима. И кроз историју, а и данас, врло су цењена лица која знају да дају савет пореским обвезницима у вези тога како најбоље да испланирају своје пореске обавезе. Држави, из угла пореских саветника посматрано, порески обвезник има обавезу и право да плати само онај износ пореза који произилази из важећег пореског законодавства.

У условима постојања сложене и нестабилне пореске регулативе, сличне пореском лавиринту, ангажовање пореских саветника је неопходно. Порески саветници лакше долазе до потребних пореских информација и захваљујући томе постају важан чинилац који утиче на понашање пореских обвезника. Они постају значајни помоћници пореских обвезника. Порески обвезници се одлучују на предузимање активности у својој пословној сфери тек пошто сазнају какве ће бити порескоправне последице тих активности. У пореском поступку порески саветници могу израђивати пореске пријаве и пореске извештаје и бити пуномоћник пореског обвезника. Тиме се, заједно са пореским обвезницима, могу развити у јак контролни механизам поступања пореских органа. С друге стране, помажући обвезницима у испуњавању пореских обавеза порески саветници постају својеврсни сарадници пореских органа у примени пореских прописа.

²⁷ У Србији је Законом о пореском поступку и пореској администрацији из 2002. године дефинисан порески саветник, са упућивањем да се посебним законом уређује обављање делатности пореског саветовања. До данас није донет наговештен посебан закон о пореском саветовању, мада се у јавности могу чути захтеви и пореских органа и пореских обвезника за његовим доношењем.

Doc. Marina Dimitrijević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Importance of Tax Counseling in the Labyrinth of Tax Regulations

Summary

A good tax system is inconceivable without tax advisers (counselors). Tax advisors are specialized persons who offer services to tax payers on tax matters, subject to relevant compensation. They have been highly respected throughout history as well as today for their knowledge and ability to advise tax payers on how to plan their tax liabilities best. From the tax advisors' perspective, a tax payer is obliged and entitled to pay only the amount of tax which is prescribed in the applicable tax legislation of the state.

In the circumstances of having a complex and volatile tax regulation, very much resembling a tax labyrinth, the engagement of tax advisors is a necessity. Tax advisors may obtain the necessary tax information much more easily than tax payers and, thus, they provide an important legal assistance to tax payers. Consequently, they become an important factor which has a significant impact on tax payers' behaviour. Tax payers decide to undertake certain activities in their respective business areas only after they have consulted the tax advisor about the specific taxation consequences these activities imply. In tax proceedings, a tax advisor may fill in tax applications, prepare tax reports and act as a tax payer's proxy. Thus, in conjunction with tax payers, they may become a strong mechanism for controlling the acts of tax authorities. On the other hand, by assisting the tax payers to fulfill their tax liabilities, tax advisors concurrently help tax authorities in the process of applying the prescribed tax regulations.

Key words: *tax state, tax regulations, tax proceedings, tax authorities, tax payers, tax counseling, tax advisors.*

Доц. др Дејан Јанићијевић, доцент
Правни факултет Универзитета у Нишу
Мр Александар Мојашевић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347.918

РАНА НЕУТРАЛНА ЕВАЛУАЦИЈА – КОРЕКТИВ СУДСКЕ АНЕКСИРАНЕ МЕДИЈАЦИЈЕ^{1*}

***Апстракт:** Овај рад за циљ има да представи једно од могућих решења проблема који су се испољили у већ вишегодишњем искуству примене медијације у Србији. Оно би се састојало у увођењу ране неутралне евалуације, као метода који се показао врло делотворним у неким другим правосудним системима, а који је, према мишљењу аутора, неутралан у односу на специфичности средине у којој се примењује. Рана неутрална евалуација (Early Neutral Evaluation – ENE) је релативно нови алтернативни метод решавања спорова (АДР) који је настао у Сједињеним Америчким Државама и који подразумева свеобухватну евалуацију предмета од стране неутралног правничког професионалца са богатим искуством у одређеној правној области у почетној фази судског поступка. Резултати објективног аналитичког сагледавања спора представљају средство утицаја на странке да преиспитају своје позиције, чиме се повећава могућност накнадног постизања споразумног решења конфликта. Правила примене ране неутралне евалуације креирана у правосудном систему Сједињених Америчких Држава могу послужити као већ изграђен модел који има потенцијала да буде успешан и у наш правосудни систем.*

***Кључне речи:** алтернативни начини решавања спорова, рана неутрална евалуација, грађански судски поступак, грађанско-правни спор, евалуатор.*

¹ * Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који подржава Министарство просвете и науке (евиденциони број 179046).

1. Уводне напомене

Интензивна нормативна делатност у области правосуђа у Сједињеним Америчким Државама у последњих неколико деценија, како на федералном нивоу тако и у многим федералним јединицама, резултирала је увођењем различитих програма алтернативног решавања спорова (*Alternative Dispute Resolution – ADR*) у постојеће правосудне системе.² Потреба за инкорпорацијом алтернативних метода решавања спорова у систем државног судства САД настала је, са једне стране, као последица бројних проблема са којима се овај систем, ограничен на традиционалне формалне механизме, безуспешно носио, а са друге стране услед у пракси показаних позитивних ефеката примене алтернативних начина за решавања грађанскоправних спорова изван оквира система државног судства, тј. у приватном сектору. Неки од суду припојених програма АДР (*Court-Annexed ADR*)³ започели су као експериментални покушаји решавања општег проблема пренатрпаности државних судова предметима и имали су шири домен примене, док су други представљали напоре са циљем изналажења ефикасних механизма за решавање искључиво багателних спорова између суседа или између станодаваца и закупаца станова, за које је парница била прескуп, дуготрајан и превише ригидан метод решавања.

С обзиром да се и правосуђе у Србији суочава са озбиљним тешкоћама које се тичу преоптерећености парничних судова, што за последицу има општу неефикасност судова, која се, између осталог, испољава и кроз предуго просечно трајање парница, што доводи у питање могућност пуне реализације права на правну заштиту, потребно је истражити начине на које су овакви проблеми решавани у другим државама и испитати могућности за њихову примену у условима специфичним за наше поднебље. Ипак, треба напоменути да су многи од метода, који су се показали успешним у Сједињеним Америчким Државама или неким другим земљама, своје позитивне ефекте постизали управо захваљујући специфичним правним, традиционалним и културним условима средина у којима су примењивани. Стога није реално очекивати да би са упоредивим резултатима многи од ових начина решавања спорова могли бити

2 Многи теоретичари у Сједињеним Америчким Државама почетак примене алтернативних начина решавања спорова унутар судског система сматрају најзначајнијом променом у грађанскоправној пракси још од доношења Федералних правила цивилне процедуре 1938. године. Видети: Riskin, L. и Westbrook, J. – *Dispute Resolution and Lawyers*, West Group, St. Paul, 1998. (стр. 294 – 295).

3 Овај појам је широк и обухвата различите методе од којих су неки развијени у приватном сектору а други у оквиру државног правосудног система. У суду припојене алтернативне методе решавања спорова могу се сврстати суду припојена арбитража, суду припојена медијација, сумарно поротно суђење, рана неутрална евалуација, неутрална експертиза, приватно судовање и сл.

примењени и код нас.⁴ Међутим, за одређени број АДР метода може се рећи да су неутрални у односу на специфичности средине, или бар да имају одређене елементе који се могу универзално инкорпорисати у сваки правосудни систем. Идентификацијом ових неутралних елемената одређених метода и, евентуално, њиховим комбиновањем, може се доћи до најприхватљивијег и конкретним условима најприлагођенијег механизма за алтернативно решавање спорова, који би био интегрисан у правосудни систем и у пуној мери допринео побољшању његове ефикасности.

2. Историјат примене АДР у оквиру судских система САД

Суду припојени програми алтернативног решавања спорова (*Court-Annexed ADR Programs*) историјски су се јављали у већем броју видова. Овај појам, у свом изворном значењу обухвата, са једне стране, обавезно одржавање претходних конференција ради изналажења начина за постизање поравнања у присуству судије, а са друге стране, системе претходне стручне процене, где се у раним фазама процедуре именује неутрални правни стручњак ради евалуације предмета пре преласка на даље фазе поступка.

Неке државе учиниле су искорак и започеле са инкорпорисањем алтернативних техника решавања спорова развијених у приватном сектору у своје системе државног судства. Пенсилванија је 1958. године постала прва држава у којој се стране у споровима мале вредности упућују на обавезно покретање и спровођење поступка пред арбитром кога именује државни суд, док су 1970. године државе Њу Јорк и Охајо донеле законе са истим ефектом и у своје судске системе увеле арбитражу као алтернативни метод решавања спорова који се дотада развијао искључиво у приватном сектору. До 1995. године и неколико федералних окружних судова увело је програме обавезне арбитраже ради решавања спорова мале вредности.⁵ Током деведесетих година прошлог века упућивање на арбитражу почели су да примењују многи федерални судови, као и судови федералних јединица, и од тада се оваква пракса непрестано шири. Данас се може слободно рећи да је арбитража по налогу суда постала значајан сегмент цивилног правосудног система САД.

Поред програма спровођења обавезне арбитраже, која, будући да резултира арбитражном одлуком која има правну снагу одлуке државног суда, по својој правној природи представља судски метод решавања грађанскоправних спорова, у многим судовима федералних јединица широм САД започело се и са применом

⁴ Пример алтернативног метода који није подобан за примену у нашим условима је сумарно поротно суђење, с обзиром на различитост континенталног права и *Common Law*-а у погледу концепција поротног суђења.

⁵ За преглед развоја суду припојене арбитраже у државним судовима САД видети: McCalver, J. i Keilitz, S., *Court-Annexed Arbitration: An Introduction*, *The Justice System Journal*, 1991 (стр. 14 - 123).

алтернативних метода који немају карактер судских. Један од таквих метода је и медијација, тј. посредовање. Посредовање представља споразумни начин решавања спорова у којем неутрално треће лице – медијатор (посредник), које нема овлашћење да донесе одлуку која ће бити обавезујућа, асистира странама у спору да дођу до заједнички прихватљивог решења.⁶ Суштина програма суду припојене медијације (*Court-Annexed Mediation Programs*) састоји се у томе што судови налажу странама у одређеним врстама спорова да, након покретања парничног поступка, у току његовог припремног стадијума, узму учешће у поступку медијације ради покушаја решавања спора уз помоћ медијатора именованог од стране суда. С обзиром на то да је природа медијације таква да не гарантује постизање споразума,⁷ овде не може бити речи о упућивању на обавезно решавање спора путем посредовања, већ само о обавезности покушаја његовог споразумног решавања применом медијације.

Још новијег датума је пракса експериментисања са другим формама алтернативног решавања спорова од стране судова федералних јединица и федералних судова у Сједињеним Америчким Државама. У новије методе које се примењују унутар судског система могу се сврстати сумарно поротно суђење (*Summary Jury Trial*), приватно судовање (*Private Judging*), рана неутрална евалуација (*Early Neutral Evaluation – ENE*) и сл.

3. Предности и недостаци примене АДР у судском систему

Примена алтернативних начина решавања спорова по налогу суда и у оквиру државног правосудног система обично се оправдава потребом за постизањем веће ефикасности правосуђа. Поборници овакве апликације АДР сматрају да она доприноси повећању изгледности споразумног решавања спорова у предметима у којима поступак тече и, на тај начин, растерећује судове и штеди судске ресурсе за предмете где су они најпотребнији. Има и оних који тврде да су и странке задовољније резултатима који се постижу применом алтернативних начина решавања спорова у односу на резултате који се могу остварити у парници.⁸

6 Медијација представља интервенцију у спор или преговоре обострано прихватљиве, непристрасне и неутралне треће стране која нема овлашћење да донесе одлуку о предмету спора, већ која помаже странама у спору да добровољно дођу до сопственог обострано прихватљивог споразума о предмету спора. Видети: Moore, W. – *The Mediation Process*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986. (стр. 14).

7 Id.

8 Видети: Brazil, W. – *A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs: Why They Exist, How They Operate, What They Deliver, and Whether They Threaten Important Values*, University of Chicago Legal F. 303; Barkai, J., Kassebaum, G. – *Using Court-Annexed Arbitration to Reduce Litigant Costs and to Increase the Pace of Litigation*, 16 Pepperdine Law Review, 1989 (стр. 43).

Ипак, позитивни ефекти примене АДР још увек нису емпиријски верификовани. Неки аналитичари оспоравају тезу да примена АДР по налогу суда нужно доводи до увећања броја спорова који су споразумно решени или до постизања за странке прихватљивијих и одрживијих решења у односу на она до којих се долази применом средстава којима располаже традиционални правосудни систем.

У Сједињеним Америчким Државама спроведена су истраживања у оквиру којих су анализирани емпиријски подаци добијени на основу упоређивања стања у окрузима у којима се примењује арбитража по налогу суда и оних у којима се она не примењује⁹. Ова истраживања показала су да не постоји велика разлика у ефикасности функционисања правосудног система израженој кроз проценат спорова који су изнети пред судове и експедитивно решени. Друго истраживање, у којем су коришћени симуловани модели парничних поступака – на једној страни поступака у којима је примењивана арбитража по наредби суда, а на другој страни поступака где она није примењивана – резултирало је такође открићем да примена програма суду припојених АДР не доводи нужно до увећања ефикасности функционисања правосуђа.¹⁰

Још једна замерка која се често ставља програмима суду припојених АДР односи се на супротстављеност потребе ефикасног функционисања правосудног апарата, као основног циља њиховог увођења, са потребом реализације права странака на правично суђење.

Упркос сумњама у ефикасност и оспоравањима осталих истицаних предности суду припојених АДР, програми њихове примене шире се великом брзином. Што се тиче САД, Само до 1991. године извештено је да је 40% федералних окружних судова и скоро половина судских области донела прописе о примени програма суду припојених АДР.¹¹

4. Примена судских АДР у нашој земљи

Увођење споразумних алтернативних метода решавања спорова у правосудни систем Србије обележило је инсистирање на посредовању – медијацији као искључивој алтернативи парници када су у питању спорови за чије је решавање покренут поступак пред државним судом.¹² Без икаквог утемељења у традицији приватног сектора, медијација ни у оквиру државног правосудног апарата није могла да оствари значајније резултате у реализацији

9 Видети: Dayton, K. - *The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts*, 76 Iowa Law Review, 1991 (стр. 889 - 924).

10 Видети: Bernstein, L. – *Understanding the Limits of Court-Connected ADR: A Critique of Federal Court-Annexed Arbitration Programs*, 141 Pennsylvania Law Review, 1993 (стр. 2169 - 2176).

11 Видети: McCalver, J. i Keilitz, S. - *Court-Annexed Arbitration: An Introduction*, The Justice System Journal, 1991 (стр. 14 - 123).

12 Закон о посредовању – медијацији донесен је 2005. године.

циљева ради којих је институционализована. Тако, статистички подаци указују најпре на чињеницу да се у занемарљивом броју предмета странке опште и упућују на посредовање, а затим и да је проценат упућених а успешно окончаних предмета применом овог метода веома мали.¹³

Настојања да се проблем недовољне примене судске анексиране медијације превазиђе резултирала су новим проблемима који се односе на несагласност у погледу њеног пожељног карактера, тј. поларизацијом између носиоца активности усмерених ка изради новог законског текста.

Тако је, током 2010. године, у нашој земљи била актуелна јавна дебата око усвајања новог Закона о медијацији,¹⁴ у којој су учествовале две стране са супротстављеним предлозима у погледу суштине Закона. Једну страну представљали су стручњаци Центра за медијацију, а другу страну чинио је стручни тим Радне групе Министарства правде Републике Србије. Не наводећи на овом месту све појединости у вези којих су ставови двеју страна били супротстављени,¹⁵ напоменимо да је Радна група заступала медијацију на коју би странке упућивао суд, док се Центар за медијацију залагао за мандаторну медијацију у имовинским споровима.¹⁶ У прилог свом ставу, Центар за медијацију тврдио је да би мандаторна медијација требало да допринесе следећем: повећању броја медијација; смањењу прилива нових предмета у судове; ажурнијем решавању спорова поводом којих су поступци пред државним судовима већ покренути; као и уштеди директних трошкова судова, трошкова учесника у поступку и трошкова у државном буџету. Као контрааргумент тези о упућивању на медијацију од стране суда, стручњаци Центра за медијацију истицали су да пракса земаља Европске уније и пракса Центра за медијацију није потврдила да је упућивање на медијацију дало значајне ефекте.

Са друге стране, Центар за медијацију заступао је став и да би споразум постигнут у мандаторној медијацији требало да има снагу извршне исправе, што би, наводно, требало такође да допринесе повећању броја медијација.

13 Примера ради, у Основном (раније Општинском) суду у Нишу, у 2008. години број предмета чије је решавање покушано медијацијом био је 65, од чега је успех постигнут у 19 њих, док је у 2009. години било свега 19 покушаја и само 3 успеха у примени посредовања.

14 У предлогу нацрта Закона о медијацији, у самом називу Закона, изостављен је термин посредовање. Према томе, назив овог Закона, ако буде усвојен, биће Закон о медијацији, што се може тумачити разумним решењем, будући да је медијација термин који се одомаћио у нашој пракси, и који је уједно и популарнији.

15 Анализа је базирана на два незванична документа: Образложење Предлога Закона о медијацији Центра за медијацију и Предлози Закона о медијацији – поређење. До ових докумената аутори су дошли у одељењу Центра за медијацију при Основном суду у Нишу.

16 Као узор за формулисање овог предлога Центра за медијацију послужио је канадски модел медијације, а који предвиђа мандаторну медијацију у којој постигнути споразум има снагу извршне исправе. Иначе, канадски модел медијације слови за један од најефикаснијих (95% случајева решава се медијацијом).

Администрирање би, при том, вршио Центар за медијацију, односно регистроване организације, тако да би дошло до смањења административних послова у судовима. С друге стране, Радна група била је на позицији да би споразум требало да има снагу вансудског поравнања.¹⁷ У вези с тим, стручњаци Центра за медијацију сматрали су да би задржавање досадашњег решења према којем би постигнути споразум имао снагу вансудског поравнања, допринело смањењу ионако малог броја медијација у Србији.

Следећа тачка спорења две групе стручњака односила се на минимални степен стручне спреме потребан за акредитацију медијатора. Центар за медијацију предлагао је да тај услов буде висока стручна спрема, док се Радна група залагала за средњу стручну спрему. Коначно, разлика у мишљењима постојала је и око регулаторног и контролног тела. С једне стране, постојао је предлог да контрола буде препуштена Центру за медијацију, који би се временом, кроз повећање броја медијација, финансијски потпуно осамосталио.¹⁸ С друге стране, заговарало се оснивање новог органа, тзв. Коморе медијатора, који би био финансијски зависан од буџета РС. Оснивање овог органа свакако би изискивало додатне трошкове, пре свега за обезбеђење и опремање простора, плате запослених, итд.

Актуелни предлог нацрта Закона о медијацији¹⁹ указује да ниједан од претходно изложених предлога Центра за медијацију није усвојен. Другим речима, није предвиђена мандаторна медијација, није предвиђена могућност да постигнути споразум има снагу извршне исправе, и заобиђен је Центар за медијацију, као контролно и регулаторно тело. Каква ће бити коначна верзија Закона о медијацији остаје да се види.

У сваком случају, будући да медијација у Србији несумњиво у пракси не даје очекиване резултате, неопходно је предузети напоре како би се испољени проблеми превазишли. Тако и овај рад за циљ има управо да представи једно од могућих решења, које би се састојало у увођењу ране неутралне евалуације, као метода који се показао врло делотворним у неким другим правосудним системима, а који је, према мишљењу аутора, потпуно неутралан у односу на специфичности средине у којој се примењује.

5. Рана неутрална евалуација – принципи, циљеви и ефекти

Рана неутрална евалуација (*Early Neutral Evaluation - ENE*) је релативно нови вид судског АДР који подразумева рану, свеобухватну евалуацију предмета од стране правничког професионалца са богатим искуством у одређеној правној

¹⁷ У случају да стране желе да њихов споразум има снагу судског поравнања, то би захтевало додатно ангажовање суда и додатне трошкове за њих.

¹⁸ Заступање овог предлога имплицитно сугерише и одређени интерес Центра за медијацију, као и запослених у њему.

¹⁹ Доступан на: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>

области. Резултати објективног аналитичког сагледавања предмета, које врши неутрални експерт, представљају средство притиска на странке да преиспитају своје позиције у спору. Процена неутралног трећег лица извршена у раној фази судског поступка, покренутог поводом спора који се није могао решити без интервенције суда, повећава могућност накнадног постизања његовог споразумног решења.

У почетним фазама судског поступка субјективне психолошке компоненте најјаче утичу на формирање и одржавање ставова страна у спору, и у највећој мери им онемогућавају да објективно сагледају своје интересе и снагу својих позиција. Услед тога, уношењем елемента објективности у систем конфликта може се утицати на његову динамику премештањем психолошке димензије сукоба из сфере позиција ка сфери интереса, из заслепљености вером у сигурну победу ка бољој процени изгледа на успех у евентуално покренутој парници, из наизглед несавладиве блокаде у преговорима ка постизању пријатељског споразума између странака.

Чак и ако рана неутрална евалуација не доведе до споразумног решења спора, она може допринети бржем и ефикаснијем одвијању даљег тока поступка пред судом, с обзиром на то да је један од задатака неутралног евалуатора и да асистира странкама у идентификацији важних чињеничних и правних питања која би се евентуално решавала у парници, као и питања око којих нема несагласности. Из тог разлога, чак и уколико рана неутрална евалуација не доведе до постизања споразума у погледу предмета спора, неутрални евалуатор може помоћи странкама у сачињавању стратегије даљег вођења парнице која ће бити усмерена ка њеном бржем, ефикаснијем и економичнијем окончању. При том је нужно напоменути да су странке дужне једино да саслушају предлоге неутралног евалуатора које се односе на план даљег одвијања парнице, али нису дужне и да их прихвате. У овој делатности неутралног евалуатора огледа се његова функција менаџера предмета (*case manager*), која такође доприноси већој ефикасности суђења.

Историјски посматрано, први програм примене ране неутралне евалуације инициран је у Окружном суду Северног округа Калифорније 1985. године, и то као пилот пројекат лансиран са циљем превазилажења проблема преоптерећености овог суда. Као последица његове успешне реализације, 1988. и 1989. године дошло је до институционализације и проширења програма унутар овог суда.²⁰ Убрзо је следила даља експанзија, па се до данашњег дана примена ране неутралне евалуација проширила и на многе друге округе и државе у САД.²¹

²⁰ Видети: Riskin, L., Westbrook, J. – *Dispute Resolution and Lawyers*, West Group, St. Paul, 1998. (стр. 296)

²¹ Видети: Nolan-Haley, J. – *Alternative Dispute Resolution in a Nut Shell*, West Publishing, St. Paul, 1991. (стр. 180).

Приликом развоја првог *ENE* програма у поменутом суду, прелиминарним истраживањима обављеним од стране подкомитета судија, образованог са циљем изналажења путева за превазилажење проблема са којима се тај суд у то време суочавао, установљено је да се основни узроци предугог трајања и превеликих трошкова парничних поступака налазе у следећим факторима:

- Немогућност странака и заступника да детаљно и неострашћено процене снагу својих позиција и сам предмет у раним фазама поступка;
- Пракса компликованог и нејасног изјашњавања која замагљује суштину спора;
- Нереална очекивања у погледу успеха у парници;
- Субјективни доживљај отуђености странака у односу на парнични поступак, који је ван њихове контроле и утицаја,
- Непостојање комуникације између парничних странака;
- Неспремност заступника да покрену питање поравнања услед страха да ће то бити схваћено као израз слабости.²²
- Након читаве деценије примене ране неутралне евалуације у Северном округу Калифорније емпиријска истраживања која су спровела двојица професора са Универзитета Сан Франциска показала су следеће:
 - Близу две трећине учесника задовољно је процесом и његову примену сматра вредном употребљених ресурса;
 - Постигнуте су уштеде у новцу у десетоструком износу трошкова спровођења поступака ране неутралне евалуације;
 - Близу половине учесника известило је да је примена ране неутралне евалуације довела до уштеде у времену;
 - Већина учесника поступака ране неутралне евалуације известила је да су сазнања до којих су дошли у поступку ране неутралне евалуације допринела постизању обострано прихватљивог решења спора;
 - Најбитнији фактор успеха ране неутралне евалуације је личност неутралног евалуатора.²³

6. Поступак ране неутралне евалуације

Поступак ране неутралне евалуације, према моделу установљеном у Северном округу Калифорније, спроводи се на основу следећих правила:

²² Видети: Riskin, L., Westbrook, J. – *Dispute Resolution and Lawyers*, West Group, St. Paul, 1998. (стр. 296)

²³ Видети: Rosenberg, J. and Folberg J. – *Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, 46 *Stanford Law Review*, 1994. (стр. 1487 – 1497 и 1529 - 1533).

На првој статусној конференцији, која, према Федералним правилима цивилне процедуре, представља обавезни елемент садржине грађанског судског поступка, суд врши процену подобности спора изнетог на решавање за примену ране неутралне евалуације.

Уколико суд оцени да има изгледа за успех овог метода, странке се упућују на рочиште за евалуацију које је затворено за јавност и које, као неутрални евалуатор, спроводи правни експерт именован од стране суда. Неутрални евалуатор се именује из редова стручњака за правну област у којој је настао спор.

Најмање седам дана пре датума за који је заказано рочиште за евалуацију заступници странака дужни су да суду поднесу писмене изјаве у којима наводе чињенична и правна питања предмета која су по њиховој оцени значајна, доказе којима располажу и имена заступника супротне странке чије би присуство рочишту, по њиховом мишљењу, било од помоћи у постизању споразума (уколико супротну странку заступа већи број заступника). Суд налаже и самим странкама да присуствују евалуационој седници.

Типично рочиште за евалуацију започиње уводном речју неутралног евалуатора, у којој се он представља учесницима и излаже им суштину и значај своје функције и поступка који ће спровести. Странке или заступници, затим, усмено презентују своја виђења предмета и размењују информације о појединим питањима. Законска правила о извођењу доказа се не примењују па нема унакрсног испитивања сведока. Свака комуникација на рочишту за евалуацију је поверљива.

Након презентација странака, односно њихових заступника, неутрални евалуатор, предочава странкама видове помоћи које им може пружити. Асистенција неутралног евалуатора може се састојати у помоћи странкама да идентификују елементе спора око којих нема несагласности, у процени снаге и слабости страначких аргумената и доказа, у процени изгледности успеха сваке од странака у евентуалној парници, као и у посредовању између странака ради постизања споразума на основу евалуације.

Шема тока самог поступка ране неутралне евалуације обично обухвата следеће активности:

Неутрални евалуатор објашњава странкама сврху овог метода и укратко излаже правила поступка;

Странке презентују уводна излагања у трајању до 15 минута без прекидања од стране неутралног евалуатора или друге странке. Уводно излагање садржи представљање релевантних чињеница и доказа, као и правно разлагање;

Неутрални евалуатор затим поставља питања обема странкама ради разјашњења појединих чињеничних и правних питања и провере снаге аргумената;

Неутрални евалуатор идентификује питања око којих нема несагласности између странака и подстиче их на закључење споразума у погледу њих уколико

то сматра за сходно, односно, установљава која су питања међу странкама спорна;

Неутрални евалуатор се повлачи ради израде писмене евалуације предмета, у којој наводи своју процену снаге и слабости аргумената обе странке, одређује која странка има више изгледа на успех у парници уколико она буде настављена и установљава распон износа који могу припасти странкама у случају победе у парници;

Неутрални евалуатор се враћа у просторију у којој се одржава рочиште, објављује да је припремио писмену евалуацију предмета и пита странке да ли желе да покушају да споразумно реше спор пре него што сазнају резултате евалуације. Ако странке одбију ову могућност, евалуатор им предочава своју процену;

Ако пре или након сазнања резултата процене странке покажу интересовање за покушај поравнања евалуатор посредује између њих;

Ако странке ни после сазнања резултата евалуације не пристану на покушај поравнања или преговори не доведу до споразумног решења спора евалуатор ће помоћи странкама у планирању даљих парничних активности (*case management*);

Након наставка парничног поступка, уз сагласност суда, странке се могу споразумети да се накнадно још једном покуша са раном неутралном евалуацијом.

Рана неутрална евалуација, по неким својим карактеристикама, подсећа, донекле, на неке друге алтернативне методе који се примењују или унутар судског система или ван њега, тј. у приватном сектору. Неки њени елементи чине је сличном мини суђењу (*Mini-Trial*)²⁴, док је други сегменти садржински приближавају поменутој судској статусној конференцији. Ипак, постоје и одређене специфичности које рану неутралну евалуацију издвајају и чине посебним методом алтернативног решавања спорова, суштински различитим од осталих.

У упоређењу са мини суђењем, рана неутрална евалуација је мање компликован метод, а конкретне разлике састоје се у томе што код ране неутралне евалуације суд налаже странкама и њиховим заступницима да присуствују рочишту за евалуацију, а партиципација страна у поступку мини суђења је

²⁴ Мини суђење (*Mini-Trial*) представља хибридни метод решавања спорова који се најчешће примењује у решавању пословних спорова. Поступак започиње сумарним презентацијама заступника странака пред већем којим председава неутрални саветник а чине га још и менаџери странака са овлашћењем за закључење поравнања. Након ових презентација менаџери настоје да путем преговора дођу до обострано прихватљивог решења спора, а уколико нису у стању да постигну споразум они се обраћају неутралном саветнику који даје своје предвиђање исхода евентуално покренуте парнице. Видети: Godberg, S., Sander, F., Rogers, N. – *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Aspen Law and Business, New York, 1999. (стр. 281)

потпуно добровољна. Са друге стране, неутралног евалуатора именује државни суд, а странке немају никаквог утицаја на избор, док неутралног саветника у поступку мини суђења бирају управо стране у спору који се решава.

Рана неутрална евалуација се разликује и од судских статусних конференција које спроводи судија државног суда. Њени поборници, поред разлика, истичу и предности у односу на статусне конференције. Они сугеришу да је рана неутрална евалуација много продуктивнији метод решавања спорова, будући да неутрални евалуатор није спутан етичким и временским ограничењима која су наметнута судијама које спроводе статусне конференције. Оваква слобода омогућава неутралном евалуатору да целовитије сагледа суштину спора у односу на судију државног суда. С обзиром да је расправа на рочишту за евалуацију у већој мери фокусирана на суштину спора и елементе његове садржине, и самим странкама се омогућава да боље разумеју његове параметре и, уз објективнију процену снаге своје тренутне позиције, прецизније антиципирају последице појединих алтернатива које им стоје на располагању.

Кључ за успех ране неутралне евалуације, као и код већине других алтернативних метода решавања спорова, налази се у правилној процени подобности спорова за решавање њеном апликацијом. Досадашња искуства у судовима у којима су развијени програми примене овог алтернативног метода говоре да се она показала врло ефикасном, готово идеалном, у решавању спорова који настају поводом уговорних односа. Такође, у пракси се показало да се нарочити успеси постижу у решавању спорова који се односе на грађанскоправну одговорност, будући да је, с обзиром на фактор објективности који рана неутрална евалуација уноси у динамику спора, она најадекватнија за премошћивање значајнијих разлика у погледу поимања вредности предмета спора између странака. Постоје, ипак, и такви спорови у којима се рана неутрална евалуација може успешно инструментализовати само у решавању појединих сегмената, док се на остале елементе примењује неки други метод – медијација, арбитража или парница.

7. Перспектива ране неутралне евалуације код нас

Рана неутрална евалуација, у поређењу са осталим методима алтернативног решавања спорова представља метод који је релативно неутралан у односу на специфичности нормативног, културног и социјалног амбијента у којем се примењује. Примена сумарног поротног суђења, на пример, условљена је специфичном функцијом коју порота има у америчком грађанском судском поступку. Исто тако, и могућност спровођења програма суду припојене арбитраже, с обзиром на обавезујући карактер одлуке која се доноси у арбитражном поступку и неопходност сагласности странака у поступку на поверавање спора арбитражном суду на решавање, значајно је умањена у срединама где арбитража ни у приватном сектору није у већој мери афирмисана.

Са друге стране, рана неутрална евалуација, услед необавезујућег карактера својих резултата и саветодавне функције лица која је спроводе, може се примењивати у ма којој средини без значајније опасности да би њено увођење наишло на значајнији отпор.

У држави у којој се просечно трајање парница мери годинама и у којој су судови, без обзира на вишегодишње покушаје решавања овог проблема уз помоћ медијације, и даље пренатрпани нерешеним предметима, увођење и имплементација програма примене ране неутралне евалуације представљали би логичан корак. Исто тако, у светлу Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода²⁵ чије су одредбе обавезујуће за нашу земљу, а која у одредби члана 6 предвиђа право грађана на суђење у разумном року,²⁶ побољшање ефикасности правосуђа у грађанским стварима јесте циљ са чијом се реализацијом мора покушати на сваки могући начин.

Правни стручњаци који би вршили рану неутралну евалуацију могли би се ангажовати из редова пензионисаних судија са дугогодишњим радним искуством у решавању одређених врста спорова. Функцију неутралних евалуатора могли би, такође, обављати и адвокати специјализовани у одговарајућим правним областима. Судови би требало да сачине своје листе неутралних евалуатора са којих би, у складу са специфичностима сваког конкретног спора који је изнет пред њих на решавање, могли да именују оне који ће вршити рану процену парничног предмета. Евалуатори би, приликом вршења процене предмета, требало да се руководе како својим правничким знањима која се односе на законске одредбе којима се уређује одређена правна област, тако и својим познавањем судске праксе у датој области. Они би требало да поседују и медијаторске вештине, којима би асистирали странкама у постизању споразумног решења спора уколико се оне, у току поступка ране неутралне евалуације, односно, на основу резултата извршене процене, определе за покушај поравнања.

Инкорпорација ране неутралне евалуације у систем државног судства у Србији могла би у великој мери допринети растерећењу судова и унапређењу њихове ефикасности. Ангажовањем правних стручњака од реномеа, који би обављали функцију процене предмета у припремном парничном поступку, а у чију би процену субјекти поступка имали поверења, смањио би се број дуготрајних и за све учеснике финансијски исцрпљујућих парница и унапредио би се квалитет правне заштите коју државни судови пружају у складу са својим уставним дужностима.

²⁵ Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори, бр. 9/2003.

²⁶ Поменути члан 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода који носи наслов „Право на правично суђење“ садржи одредбу која гласи: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.“

Ass. Prof. Dejan Janićijević, PhD

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

Aleksandar Mojašević, LL.M.

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

Early Neutral Evaluation – The Court Annexed Mediation Corrective

Summary

This paper aims at presenting one of the possible solutions to the problems related to the application of mediation in Serbian legal system, that would include the introduction of Early Neutral Evaluation, as a method which was proved very efficient in some legal systems, and which is, in authors' opinion entirely neutral with respect to the peculiarities of the arena of its application. Early Neutral Evaluation – ENE is a relatively new alternative dispute resolution method, initially developed in the United States. It involves comprehensive case evaluation in the initial phase of the court proceeding, performed by neutral legal expert, with extensive experience in certain legal field. The results of an objective analytical case review performed by a neutral expert urge parties to reconsider their positions, which increases the likelihood of peaceful resolution thereof. The rules of early neutral evaluation application created in the United States Judiciary may serve as a model which, due to its neutrality with respect to specific sociological, cultural, and legal conditions, has potential for a successful incorporation into our legal system.

Key words: *alternative dispute resolution, early neutral evaluation, civil proceedings, civil law dispute, evaluator.*

ОПЦИОНИ ПРОТОКОЛ УЗ МЕЂУНАРОДНИ ПАКТ О ЕКОНОМСКИМ, СОЦИЈАЛНИМ И КУЛТУРНИМ ПРАВИМА

Апстракт: Генерална скупштина УН је 2008. године усвојила Опциони протокол уз Пакт о економским, социјалним и културним правима, чиме је отклоњена вишедеценијска асиметрија између два пакта. Опциони протокол уводи индивидуалне представке, међународна саопштења, истраге у случају тешког или систематског кршења права помоћу којих Комитет за економска, социјална и културна права врши контролу примене зајемчених права. Поред тога, овај уговор садржи и правила о међународној помоћи и сарадњи усмереној ка унапређењу поштовања економских, социјалних и културних права.

Кључне речи: економска, социјална и културна права, индивидуалне представке, међународна саопштења, поступак истраге, међународна помоћ и сарадња.

I УВОД

Поступајући по иницијативи Генералне скупштине УН,¹ Комисија за људска права је отпочела рад на изради Међународног билатералног пакта о људским правима, одлучивши 1947. године да тај пројекат треба да се састоји из три дела: декларације, конвенције (или конвенција) и имплементације.² Први планирани документ је усвојен од стране Генералне скупштине УН већ 10. децембра 1948. године, а у питању је чувена Општа декларација о људским правима.³ У складу са планом из 1947. године, даљи кораци Комисије за људска

1 Резолуција Генералне скупштине УН бр. 43(1), 11. децембар 1946. године.

2 *Economic and Social Council Official Records, Sixth Session, Supplement No. 1, Report of the Commission on Human Rights*, UN Doc. E/600, 17 December 1947, paras.15-16

3 Резолуција Генералне скупштине УН бр. 217 А (III).

права односили су се на израду уговорних инструмената којима су се права из Опште декларације требала учинити обавезним. Уместо термина „конвенција“ за те уговоре је употребљен термин „пакт“ (енг. *covenant*). Међутим, јавила се дилема да ли донети јединствени пакт који би регулисао свих пет група права, или два одвојена пакта, од којих би један садржао грађанска и политичка права, а други економска, социјална и културна права.⁴ На крају је преовладало друго схватање, тако да су 1966. године усвојена два пакта – Међународни пакт о грађанским и политичким правима (у даљем тексту „ПГПП“) и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (у даљем тексту и „Пакт“ или „ПЕСКП“).

Због става о различитој природи права из ових пактова, установљен је и потпуно различит механизам надзора над њиховим поштовањем. ПГПП је створио независно експертско тело (Комитет за људска права), са надлежношћу да разматра извештаје држава, да прима међудржавне представке, а Опционим протоколом уз тај пакт дата му је и могућност разматрања индивидуалних представки. За разлику од тога, ПЕСКП је надзор над поштовањем права поверио политичком телу – Економском и социјалном савету УН, и то само путем разматрања извештаја држава уговорница.

Временом се показало да је неопходно унапредити механизам надзора над поштовањем ПЕСКП, тако да је Економски и социјални савет 1985. године установио Комитет за економска, социјална и културна права (у даљем тексту „Комитет“), као независно експертско тело.⁵ Комитет се састоји од 18 стручњака из области људских права, са високим моралним квалитетима. Предлагање кандидата за чланове Комитета врше државе уговорнице Пакта, а њихов избор врши Економски и социјални савет УН. Приликом избора мора се водити рачуна о правилној географској заступљености и присуству различитих социјалних и правних система. Мандат чланова траје четири године, са могућношћу поновног избора.

Међутим, и новоустановљени Комитет је имао само надлежност да разматра извештаје страна уговорница. Због овако слабог механизма контроле, ПЕСКП је значајно заостајао за својим „братом близанцем“, тако да је, уз Конвенцију о правима детета, био једини универзални уговор чија се права нису могла штити индивидуалним представкама.

4 Заговорници доношења два пакта су тврдили да је природа грађанских и политичких права потпуно другачија од природе економских, социјалних и културних права. Док грађанска и политичка права захтевају уздржавање државе (негативна акција), економска, социјална и културна права захтевају деловање државе (позитивна акција). Услед различите природе, тврдило се да је различита и могућност њихове правне заштите - грађанска и политички права су подложна судском испитивању, док код економских, социјалних и културних права то није случај; О тим схватањима, као и њиховој критици, видети: S. Joseph-J. Schultz-M. Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, 2000, pp. 21-22.

5 Резолуција Економског и социјалног савета УН бр. 1985/17, 28. мај 1985. године.

Због очигледне асиметрије у контролном механизму пактова, ојачала је тежња да се унапреди надзорни механизам код ПЕСКП, и тиме заокружи рад на Међународном билу о људским правима, онако како је планирано 1947. године. Након вишегодишњих напора, 2008. године је усвојен Опциони протокол уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (у даљем тексту „Протокол“). Овај уговор је значајно унапредио надзорни механизам над поштовањем права из ПЕСКП, уводећи индивидуалне и међудржавне представке, истрагу у случају тешког или масовног кршења права, као и регулисањем међународне помоћи и сарадње.

II ИСТОРИЈАТ УСВАЈАЊА ПРОТОКОЛА

Почетком 90-тих година прошлог века, Комитет за економска, социјална и културна права је на свом шестом заседању иницирао дискусију о усвајању опционог протокола, са циљем да се уведу индивидуалне представке.⁶ Овај орган је 1992. године припремио почетну верзију нацрта опционог протокола и на Светској конференцији о људским правима, одржаној у Бечу 1993. године, поднео извештај и аналитички документ о том питању.⁷ Конференција је прихватила његову идеју, истакавши да су „сва људска права универзална, недељива међусобно зависна и повезана ... и треба да се третирају на исти начин, и са подједнаком важношћу“.⁸ Поред тог начелног става о једнакости свих људских права, Конференција је подржала и конкретну акцију, охрабривши Комисију за људска права, да заједно са Комитетом за економска, социјална и културна права, настави разматрање опционог протокола.⁹

Комисија за људска права је питање усвајања опционог протокола уз ПЕСКП први пут разматрала 1994. године и затражила од Комитета за економска, социјална и културна права да јој поднесе извештај по том питању. На свом 15. заседању (1996. године) Комитет је усвојио нацрт опционог протокола о разматрању индивидуалних жалби везаних за ПЕСКП.¹⁰ Тај нацрт је послат Комисији за људска права, она га је размотрила на свом 53. заседању 1997. године и проследила државама, међународним и невладиним организацијама,

⁶ *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Report on the Sixth Session*, UN Doc. E/1992/23, paras. 360-366.

⁷ *Analytical paper adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5 (Annex II).

⁸ *Vienna Declaration and Programme of Action*, UN Doc. A/CONF.157/23, (Part I), 12 July 1993, para. 5.

⁹ *Vienna Declaration and Programme of Action*, UN Doc. A/CONF.157/23, (Part II,C), 12 July 1993, para. 75.

¹⁰ *Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN.4/1997/105, 18 December 1996.

затраживши од њих да дају своје коментаре. Међутим, ови субјекти се, углавном, нису одазвали позиву, тако да је стигао занемарљив број коментара. Само 14 држава је дало своје одговоре, али чак њих 11 је подржало усвајање опционог протокола.¹¹ Упркос незаинтересованости држава, Комисија за људска права је 2001. године именовала независног експерта са задатком да се бави питањем израде нацрта опционог протокола уз ПЕСКП.¹² Овај експерт је 2002.¹³ и 2003. године¹⁴ поднео извештаје у којима је предложио увођење процедуре по жалбама, и препоручио оснивање посебне радне групе за то питање.

Комисија за људска права је на свом 58. заседању одлучила да образује Радну групу за „разматрање варијанти за израду опционог протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима“ (у даљем тексту „Радна група“).¹⁵ Иако је одлука о формирању Радне групе формално донета 2002. године, она је суштинска основана тек 2003. године.¹⁶ У периоду од 2004. до 2008. године Радна група је одржала пет заседања и поднела исто толико извештаја. Прво заседање је одржано од 23. фебруара до 5. марта 2004. године,¹⁷ друго од 10. до 20. јануара 2005. године,¹⁸ треће од 6. до 17. фебруара

11 C. Mahon: Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, no. 4, p. 622.

12 Резолуција Комисије за људска права бр. 2001/30, 20. април 2001. године.

13 *Report of the independent expert on the question of a draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/CN.4/2002/57, 12 February 2002;

14 *Second report of the independent expert on the question of a draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/CN.4/2003/53, 13 January 2003; *Corrigendum to the second report ...*, 3 April 2003, E/CN.4/2003/53/Corr.1; and *second Corrigendum to the second report ...*, 7 April 2003, E/CN.4/2003/53/Corr.2.

15 Резолуција Комисије за људска права бр. 2002/24, 22. април 2002. године. Радна група је основана за период од годину дана, али је касније Комисија продужила њен мандат за још две године (Резолуција Комисије за људска права бр. 2004/29, 16. април 2004. године). Иницијални мандат Радне групе био је разматрање варијанти за израду опционог протокола уз ПЕСКП, а не израда нацрта таквог протокола. Мандат Радне групе је формулисан на овај начин како би се задовољиле обе групе држава – оне које су се залагале за усвајање протокола и оне које су биле против тога; C. de Albuquerque: *Chronicle of an Announced Birth : The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, vol. 32, no. 1, 2010, p. 156.

16 Резолуција Комисије за људска права бр. 2003/18, 22. април 2003. године.

17 *Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its first session*, E/CN.4/2004/44, 15 March 2004.

18 *Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its second session*, E/CN.4/2005/52, 10 February 2005.

2006. године,¹⁹ четврто од 16. до 27. јула 2007. године,²⁰ док је пето заседање подељено у два дела, и то од 4. до 8. фебруара и од 31. марта до 4. априла 2008. године.²¹ На овим заседањима, поред представника значајног броја држава, били су присутни и чланови надзорних тела МОП-а, UNESCO-а, европског, америчког и афричког система заштите људских права, неколико експерата из области људских права, као и представници невладиних организација.²²

На првом заседању Радне групе из 2004. године није донета ни једна значајна одлука, а главна расправа се водила око тога да ли економска, социјална и културна права уопште могу бити предмет судског и квазисудског разматрања. На другом заседању је одлучено да председавајући припреми извештај који ће садржати елементе опционог протокола, како би се олакшала расправа на трећем заседању.²³ Председавајући је сачинио такав документ и поднео га на трећем заседању Радне групе.²⁴ У њему је био понуђен велики број алтернатива за она питања око којих се државе на претходним заседањима нису слагале. Може се рећи да је то треће заседање представљало прекретницу у преговорима, пошто је на њему преовладао став да опциони протокол треба усвојити. Ту идеју је подржала Афричка група и Група Латинске Америке и Кариба, као и Белгија, Хрватска, Финска, Португал, Русија и Шпанија.²⁵ Од тог заседања неусвајање протокола више није било опција. Савет за људска права, који је у међувремену заменио Комисију, одлучио је да „*продужи мандат Радне групе за још две године како би размотрила опциони протокол*“ уз ПЕСКП, и од председавајућег затражио да припреми „*први нацрт опционог протокола ... који ће послужити као основ за будуће преговоре*“.²⁶ Овим је јасно изражена опредељеност Савета за људска права да опциони протокол треба усвојити, и у складу с тим, мандат Радне групе више није био разматрање могућности усвајања опционог протокола, већ израда његовог нацрта.

19 *Report of the Open-ended Working Group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its third session*, E/CN.4/2006/47, 14 March 2006.

20 *Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fourth session*, A/HRC/6/8, 30 August 2007.

21 *Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session*, A/HRC/8/7, 23 May 2008.

22 C. de Albuquerque: *op. cit.*, p. 157.

23 *Report ...*, E/CN.4/2005/52, 10 February 2005, paras, 102, 109.

24 *Elements for an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Analytical paper by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque)*, E/CN.4/2006/WG.23/2, 30 November 2005.

25 C. de Albuquerque: *op. cit.*, pp. 163-164.

26 Резолуција Савета за људска права бр. 1/3, 29. јун 2006. године.

Председавајући је сачинио нацрт опционог протокола, уневши у њега ставове изнете током ранијих заседања Радне групе, и представио га на четвртом заседању.²⁷ Тај документ није био заснован на нацрту који је 1996. године сачинио Комитет, већ је израђен по узору на друге сличне уговоре усвојене под окриљем УН. Поред потребе да се у обзир узму решења из новијих инструмената, нацрт Комитета је занемарен и због чињенице да је велики број држава на њега био „алергичан“, чиме је председавајући желео да добије подршку још већег броја држава.²⁸ Поднети нацрт је на четвртом заседању разматран члан по члан, при чему су нека питања захтевала дубљу и дужу расправу (материјални домашај примене, услови прихватљивости индивидуалних представки, међународна сарадња). И ово заседање се може сматрати успешним јер је дошло до приближавања ставова по многим питањима, укључујући и неколико кључних проблема.

Крајем 2007. године председавајући је делегацијама учинио доступним (први) ревидирани нацрт опционог протокола,²⁹ узимајући у обзир примедбе и сугестије изнете на четвртом заседању Радне групе. На првом делу петог заседања делегације су разматрале тај нацрт, поново се најдуже задржавајући на истим спорним члановима. У неким моментима, поједине државе су амандманима настојале да ослабе текст, уз истовремено избегавање компромисних решења, што су неки окарактерисали као „контрафанзиву“ опонената опционог протокола.³⁰ На крају овог дела заседања председавајући је упутио захтев делегацијама да затраже инструкције од својих влада, како би се преговори на другом делу петог заседања убрзали и успешно окончали.

У периоду између фебруара и марта 2008. године председвајући је имао бројне неформалне консултације са заинтересованим делегацијама. На основу ставова са фебруарске седнице и поменутих консултација, председавајући је сачинио (други) ревидирани нацрт опционог протокола.³¹ На другом делу петог заседања Радне групе делегације су разматрале тај нови нацрт и успеле да

27 *Draft Optional Protocol To The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights (Prepared by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque)*, A/HRC/6/WG.4/2, 23 April 2007.

28 M. Langford: *Closing the Gap? - An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, no. 1, 2009, p. 8.

29 *Revised Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (Prepared by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque)*, A/HRC/8/WG.4/2, 24 December 2007.

30 A. Vandenbogaerde-W. Vandenhole: *op. cit.*, p. 215.

31 *Revised Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (Prepared by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque)*, A/HRC/8/WG.4/3, 25 March 2008.

разреше сва спорна питања. Последњег дана петог заседања, 4. априла 2008. године, Радна група је усвојила извештај о свом раду и одлучила да нацрт опционог протокола (који је био саставни део извештаја) проследи Савету за људска права на даље разматрање.

Савет за људска права је јуна 2008. године консензусом одобрио нацрт текста опционог протокола³² и проследио га Генералној скупштини УН. У жељи да овај уговор, на неки начин, веже за остале документе из Међународног била о људским правима, Генерална скупштина је текст Протокола усвојила 10. децембра 2008, године,³³ истог дана када је пре равно 60 година усвојена Општа декларација о људским правима. Протокол је свечано отворен за потписивање 24. септембра 2009. године у седишту УН у Њујорку. Протокол могу ратификовати или му приступити само државе које су стране уговорнице ПЕСКП. Овај уговор је до сада потписало 39 држава,³⁴ а ратификовало га је њих пет (Аргентина, Еквадор, Салвадор, Монголија и Шпанија). Он ће ступити на снагу три месеца након депоновања десетог инструмента о ратификацији или приступању.

III ИНДИВИДУАЛНЕ ПРЕДСТАВКЕ

Протокол предвиђа подношење индивидуалних представки (енг. *communications*), као један вид контроле поштовања економских, социјалних и културних права (чл. 2-9). То омогућава особама да се обрате Комитету и од њега затраже да утврди да ли је држава уговорница прекршила неко право из Пакта. Може се рећи да је установљење ове процедуре био главни циљ усвајања Протокола.

Државе прихватају недлежност Комитета да разматра индивидуалне представке самом ратификацијом Протокола. Другим речима, није потребна никаква посебна изјава држава уговорница у том правцу, већ се надлежност Комитета заснива *ipso iure*.

Сходно чл. 2, представка може бити поднета од стране појединца или групе појединаца који тврде да су жртве кршења неког права из Пакта. Дакле, да би неко могао поднети представку мора бити жртва кршења права из Пакта. Представка може бити поднета и од стране других субјеката у име жртве, под условом да имају њен пристанак. Међутим, та сагласност неће бити потребна уколико подносилац представке оправда деловање у име жртве без њеног пристанка (на пример, жртва није могла дати пристанак јер је у затвору). Протокол није прихватио подношење колективних представки, мада је током преговора било и таквих предлога.³⁵

32 Резолуција Савета за људска права бр. А/НRC/8/2, 18. јун 2008. године.

33 Резолуција Генералне скупштине УН бр. А/RES/63/117.

34 Република Србија није потписала овај уговор.

35 *Report ...*, А/НRC/6/8, 30 August 2007, para. 55.

Да би лице или група лица били овлашћени да поднесу представку они се морају налазити под јурисдикцијом државе уговорнице Протокола. Ово је стандардно правило које се среће и у другим сличним уговорима. Међутим, код Протокола ова одредба отвара један важан проблем. Пошто чл. 2(1) Пакта не садржи никакву напомену о територијалној примени и говори о међународној помоћи и сардњи као средству за потпуно остварење права садржаних у Пакту, поставља се питање да ли сада Протокол може другачије уредити територијалну примену. Неки експлицитно тврде да нема оправдања за уношење територијалног ограничења у Протокол, пошто таквог ограничења нема у самом Пакту.³⁶

Током преговора као круцијално се поставило питање материјалног домашаја Протокола, односно питање која ће права моћи да буду предмет испитивања у поступцима покренутим по индивидуалним представкама. Државе су биле веома подељене по том питању. Значајан број делегација се залагао за могућност избора права из Пакта у погледу којих ће се примењивати заштита путем индивидуалних представки („à la carte“ приступ).³⁷ На тај начин државама би се оставила могућност да употребу индивидуалних представки ограниче на само нека права из Пакта. Било је држава које су из домашаја индивидуалних представки хтеле да искључе једино право на самоопредељење.³⁸ Остале делегације залагале су се за свеобухватну заштиту, не допуштајући да било које право из Пакта остане изван домашаја овог заштитног механизма.³⁹ На самом крају преговора у текст Протокола је ушло решење према којем се индивидуалне представке могу поднети у случају кршења „*било ког економског, социјалног и културног права установљеног Пактом*“. Тиме је код индивидуалних представки прихваћен свеобухватни приступ у погледу надлежности Комитета *ratione materiae*.⁴⁰

36 C. Courtis-M. Sepulveda: Are Extra-Obligations Reviewable under the Optional Protocol to the ICSCR?, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, no. 1, 2009, pp. 55-57.

37 Аустралија, Кина, Данска, Немачка, Грчка, Јапан, Холандија, Нови Зеланд, Пољска, Република Кореја, Русија, Швајцарска, Турска, Велика Британија и САД; *Report ...*, A/HRC/6/8, 30 August 2007, para. 37.

38 Аустралија, Грчка, Индија, Мароко, Русија и САД; *Ibid.*, para. 36.

39 Белгија, Боливија, Бразил, Буркина Фасо, Чиле, Еквадор, Египат (у име Афричке групе), Етиопија, Финска, Француска, Гватемала, Италија, Лихтенштајн, Мексико, Нигерија, Норвешка, Перу, Португал, Сенегал, Словенија, Јужноафричка Република, Шпанија, Шведска, Уругвај, Венецуела и велики број невладиних организација је подржавао свеобухватни приступ у заштити економских, социјалних и културних права; *Ibid.*, para. 33.

40 Треба рећи да је на последњем заседању Радне групе прихваћено да се индивидуалне представке могу подносити у случају кршења „*било ког права установљеног у деловима II и III Пакта*“, чиме је право на самоопредељење искључено из њиховог домашаја. Међутим, на инсистирање више држава предвођених Пакистаном и Алжиром, председавајући Радне групе је обавио низ неформалних разговора са свим заинтересованим делегацијама, након чега је у коначни текст ушла горенаведена формулација.

Као и остали сродни уговори, Протокол наводи листу услова које представка мора испунити да би била прихватљива (допуштена). Најпре, подносилац представке мора претходно исцрпити сва доступна унутрашња правна средства, осим оних чија би употреба довела до претераног одуговлачења. Код формулисања изузетка од овог услова, Протокол је одступио од уобичајене уговорне праксе, јер подносиоца представке не ослобађа обавезе употребе оних правних лекова код којих постоји мала вероватноћа за пружање одговарајућег задовољења.

За разлику од других уговора усвојених под окриљем УН, Протокол одређује рок у којем се представка мора поднети. Чл. 3, ст. 2(a) прописује да се представка мора поднети у року од једне године „након исцрпљења домаћих правних средстава“. Језичким тумачењем ове норме долази се до закључка да једногодишњи рок почиње да тече од момента када је подносилац употребио последње расположиво средство, али, чини се, имајући у виду праксу других органа, да су творци Протокола мислили на рок који се рачуна од момента доношења одлуке највише националне инстанце. Пропуштање рока неће бити препрека за поступање по представци уколико њен подносилац докаже да није би у могућности да се овим правом користи у прописаном року. У случају постојања трајног кршење права из Пакта, рок од године дана се не примењује. Наредни услов прихватљивости је, такође, временске природе. Представка се може односити само на догађаје који су се десили након што је Протокол ступио на снагу за дотичну државу. То је уобичајени услов код свих процедура за заштиту људских права који елиминише ретроактивно дејство усвојених процедуралних инструмената.

Представка ће бити проглашена неприхватљивом уколико је то питање већ разматрано пред Комитетом (*ne bis in idem*), или се оно разматра или је већ разматрано пред неким другим међународним телом. Овај услов је постављен шире него код Опционог протокола уз ПГПП, јер он као разлог за одбацивање представке наводи једино тренутно разматрање тог питања пред неким другим међународним телом (симултани поступак или литиспенденција).

Представка ће се сматрати неприхватљивом уколико је неспојива са одредбама Пакта. Таква ситуација ће постојати када се представком тражи заштита неког права које није заштићено Пактом. Комитет ће одбацивати и представку која је очигледно неоснована, није довољно утемељена или је заснована једино на извештајима из медија. Представка ће се сматрати неоснованом уколико у фази испитивања прихватљивости Комитет *prima facie* не утврди кршење Пакта. Представка ће бити проглашена неприхватљивом уколико се докаже да она представља злоупотребу права на подношење представке, тј. уколико Комитет докаже да је она „супротна предмету и циљу“ Протокола.⁴¹ На пример, злоупотреба ће постојати ако се у представци користе непристојни изрази.

⁴¹ *Elements for an optional protocol I...*, E/CN.4/2006/WG.23/2, 30 November 2005, para. 7.

Комитет неће разматрати анонимне представке. У комуникацији са Комитетом жртва мора открити свој идентитет. Када представку подноси лице које није жртва, онда се мора открити идентитет обе особе. Такође, Комитет неће разматрати представке које нису поднете у писаној форми.

Протокол (чл. 4) садржи још један услов који се не среће ни код једног другог универзалног уговора о људским правима. Комитет може одбити разматрање представке уколико њен подносилац није претрпео јасну штету (енг. *clear disadvantage*), осим ако се том представком покреће неко питање од општег значаја. Сличан услов је уведен Протоколом бр. 14 уз Европску конвенцију о људским правима,⁴² са циљем да се елиминишу представке које имају мали практични значај.⁴³

И тест „разумности“ чини Протокол битно различитим у односу на све друге уговоре из области људских права. Након, почетног, потпуног негирања судске (квазисудске) оцењивости економских, социјалних и културних права, у каснијим фазама преговора, када је постало извесно да ће Протокол бити усвојен, расправа се фокусира на ширину овлашћења коју Комитету треба дати приликом утврђивања постојања кршења права из Пакта. На тај начин, уместо утуживости економских, социјалних и културних добара, дебата се усмерила на стандард који ће бити примењен приликом разматрања индивидуалних представки усмерених на позитивне мере и расподелу државних средстава.⁴⁴ Док су се неке државе залагале за установљење таквог стандарда, друге су негирале потребу за нечим таквим. У коначној верзији Протокола, као компромисно решење, унет је стандард „разумности“, који се мора применити приликом испитивања наводне повреде права. У чл. 8, ст. 4 Протокола је речено да ће приликом испитивања индивидуалних представки, Комитет „размотрити разумност мера предузетих од стране државе уговорнице“ имајући при томе на уму да држава „може усвојити низ мера које утврђују политику за имплементацију права установљених Пактом“. Полазећи од ове одредбе, Комитет треба да оцени да ли је предузета мера која се тиче поштовања економских, социјалних и културних права разумна у односу на услове који у конкретној држави постоје, при чему он није овлашћен да оцењује да ли је држава уместо предузете, могла применити неку другу меру којом би загарантовано право било испоштовано у истом обиму.

42 Протокол бр. 14 овај услов формулише другачије, захтевајући да се ради о „знатној штети“ (енг. *significant disadvantage*).

43 О томе више видети: З. Радивојевић: Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права, *Страни правни живот*, бр. 1-2, 2005, стр. 181-194.

44 В. Porter: *The Reasonableness of Article 8(4) – Adjudicating Claims from the Margins*, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, no. 1, 2009, p. 39.

Протокол (чл. 5-9) садржи начелна процедурална правила која се примењују код индивидуалних представки,⁴⁵ која су слична са правилима садржаним у другим сродним уговорима.

Поступак се покреће представком жртве или лица које делује у име жртве. Представка се саставља у писаној форми и шаље на адресу Комитета у Женеви. По пријему представке, Комитет, у изузетним околностима, може затражити од државе предузимање привремених мера како би се спречило да жртва претрпи неотклоњиву штету. Комитет, најпре, испитује прихватљивост представке, проверавајући да ли су задовољени услови из чл. 2, 3 и 4 Протокола. Уколико се утврди да неки од услова није испуњен, представка се одбацује као неприхватљива. Уколико су сви услови испуњени, представка се на поверљив начин доставља „оптуженој“ држави. Држава има рок од шест месеци да у писаној форми одговори на наводе из представке. Током трајања поступка, странама у спору на располагању стоје добре услуге Комитета у циљу постизања пријатељског поравнања.⁴⁶ Уколико дође до пријатељског поравнања, поступак пред Комитетом се обуставља.

Уколико се не постигне пријатељско поравнање, Комитет прикупља информације које су му неопходне за одлучивање. Читав поступак по индивидуалним представкама се одвија у писаној форми, па Комитет поступа и одлучује искључиво на основу документације која му је достављена. При томе он није ограничен само на податке добијене од страна у спору, већ то могу бити и информације које су Комитету доставила трећа лица или међународне организације и тела.

Након што размотри представку, Комитет усваја мишљење о наводима из представке (енг. *view*), као и препоруке уколико за тим има потребе, и све то доставља странама у спору. Држава је дужна да пажљиво размотри мишљење и препоруке и да у року од шест месеци Комитету пошаље писани одговор. Као и код других сличних надзорних тела, мишљења Комитета нису формално обавезна, али ће имати велику моралну тежину, те треба очекивати да ће их државе поштовати.

IV МЕЂУДРЖАВНА САОПШТЕЊА

Током преговора државе су биле подељене по питању међудржавних саопштења. Неке делегације су их изричито подржале (Аргентина, Египат, Гана, Јужноафричка Република, Португалија, Холандија, Шпанија и Венецуела), друге су се томе противиле (Кина, Еквадор, Етиопија, Јапан, Норвешка, Велика

⁴⁵ Детаљнија процедура биће регулисана Пословником о раду Комитета.

⁴⁶ Током преговора истицано је да код индивидуалних представки поступак пријатељског поравнања не треба постојати, већ га треба ограничити само на међудржавне представке; *Report ...*, A/HRC/8/7, 23 May 2008, para. 72.

Британија, Нови Зеланд, Сенегал, Сирија и Русија), док су треће прихватале њихово уношење у Протокол под условом да та надлежност Комитета буде опциона (Француска и Пољска).⁴⁷ Противници ове процедуре су наводили да иако постоје у бројним сродним уговорима, оне до сада никада нису примењене. Ипак, уз одређена попуштања, на крају се дошло до решења које је задовољило све три групе држава.

Међудржавна саопштења су регулисана у чл. 10 Протокола. Процедура предвиђена овим чланом није аутоматски обавезна за стране уговорнице, већ заинтересоване државе морају дати посебну изјаву којом прихватају надлежност Комитета да разматра међудржавна саопштења (*opt-in* клаузула).⁴⁸ Таква изјава се шаље и депонује код генералног секретара УН, о чему он обавештава све друге стране уговорнице. Државе ову изјаву могу повући у свако време, али то неће бити препрека за окончање већ започетих поступака. Да би Комитет поступао по овим саопштењима неопходно је постојање реципроцитета, односно, и држава подносилац представке и држава против које се она подноси, морају дати напред наведену изјаву.

Предмет међудржавних саопштења може бити повреда било ког права из Пакта, чиме је прихваћен свеобухватни приступ, као и код индивидуалних представки. Током преговора било је и предлога да се сузи круг одредаба Пакта које ће подлегати поступку међудржавних саопштења. Канада је предлагала да се саопштења односе само на права „установљена у делу III, тумачена у светлу дела II“ Пакта.⁴⁹ Што се тиче домашаја *ratione loci*, због изостанка у чл. 10 било какве напомене о томе, међудржавна саопштења се могу поднети због повреде права из Пакта коју је држава уговорница извршила било где, а не само на својој територији или територији над којом има јурисдикцију (екстериторијалне обавезе). Ово може бити од нарочитог значаја код примене чл. 2(1) Пакта који од страна уговорница тражи да „путем међународне помоћи и сарадње, нарочито на економском и техничком пољу“ допринесу остварењу гарантованих права.⁵⁰

Уколико нека држава сматра да друга уговорница не испуњава обавезе из Пакта, она може писменим путем упозорити ту другу државу на наводно кршење. Држава подносилац представке може о том проблему обавестити и Комитет. Протокол даје прозваној држави рок од три месеца да се у писаној

⁴⁷ *Report ...*, A/HRC/6/8, 30 August 2007, para. 109; *Report ...*, A/HRC/8/7, 23 May 2008, paras. 94-95.

⁴⁸ Од пет држава које су до сада ратификовале Протокол једино је Салвадор прихватио ову надлежност Комитета.

⁴⁹ *Report ...*, A/HRC/8/7, 23 May 2008, para. 179.

⁵⁰ Поменути члан, као и читав Пакт, не садрже одредбу која уређују територијалну примену. Сматра се, да услед тога, да Пакт садржи екстратериторијалне обавезе – државе његовом ратификацијом прихватају да учествују у остварењу економских, социјалних и културних права и изван својих граница; С. Courtis-M. Sepulveda: *op. cit.*, p. 56.

форми изјасни о наводима из саопштења. Уколико у року од шест месеци од иницирања ове процедуре стране самостално не реше спор, свака од њих има право да саопштењем тај спор изнесе пред Комитет. Да би Комитет могао да се бави тим питањем, претходно морају бити исцрпљена сва домаћа правна средства, осим оних која би довела до неразумног одуговлачења (услов прихватљивости). Међутим, било је и предлога да листа услова прихватљивости код међудржавних саопштења буде идентична са листом која се примењује код индивидуалних представки.⁵¹

Као и код индивидуалних представки, државама у спору стоје на располагању добре услуге Комитета ради постизања пријатељског поравнања. Уколико до тога дође спор се окончава, а Комитет усваја извештај у коме даје кратак опис чињеница, као и садржину постигнутог решења. Уколико се, пак, не постигне пријатељско поравнање, Комитет се на затвореним седницама упушта у разматрање поднетог саопштења. За разлику од поступка по индивидуалним представкама, овим седницама могу присуствовати и представници држава у спору. Том приликом они имају право да, усмено или у писаној форми, износе чињенице и запажања. Поред тога, и сам Комитет од држава у спору може тражити додатне информације. Када прикупи све потребне информације, Комитет саставља извештај који садржи све релевантне чињенице и доставља га странама у спору. Том извештају се придодају писани поднесци држава и записници који садрже усмена излагања њихових представника. Поред тога, Комитет може странама у спору доставити и своја мишљења о спорној ствари.

Приметно је да се у овом поступку улога Комитета своди на независног медијатора, те да решавање насталог спора првенствено зависи од воље држава. За разлику од ПГПП,⁵² Протокол не предвиђа могућност да Комитет образује *ad hoc* комисију за мирене која би странама у спору помогла да постигну решење, уколико до њега није дошло у поступку пред Комитетом.

У ИСТРАГА У СЛУЧАЈУ ТЕШКОГ ИЛИ СИСТЕМАТСКОГ КРШЕЊА ПРАВА

Као и код међудржавних представки, државе су биле подељене и по питању истрага у случају тешког или систематског кршења економских, социјалних и културних права. Ангола, Аустралија, Кина, Колумбија, Данска, Египат, Индија, Јапан, Нигерија, Русија и САД упорно су се противиле таковој идеји.⁵³ Своје противљење су правдале следећим аргументима: одсуство такве процедуре код Опционог протокола уз ПГПП, опасност од преклапања те

⁵¹ *Report ...*, A/HRC/8/7, 23 May 2008, para. 178.

⁵² Чл. 42.

⁵³ *Report ...*, E/CN.4/2006/47, 14 March 2006, para. 73; *Report ...*, A/HRC/6/8, 30 August 2007, paras. 31, 112.

истраге са активностима специјалних извештача, могућа анонимност извора информација, непрецизност израза „поуздане информације“, одсуство јасних критеријума за постојање тешког или систематског кршења права.⁵⁴ Аустрија, Бразил, Чиле, Костарика, Еквадор, Финска, Лихтенштајн, Португалија, Сенегал, Јужноафричка Република и Шведска су подржале установљење ове истраге. Оне су истицале да ће таква процедура бити веома корисна у ситуацијама где су појединци или групе појединачно онемогућени да користе индивидуалне представке или кад постоји опасност да они буду изложени репресалијама од стране „тужене“ државе.⁵⁵ И у доктрини подржавају ове истраге јер, како тврде, оне ће допринети да многа озбиљна кршења људских права изостављена у извештајима држава, буду предмет пажње Комитета, што ће омогућити сачињавање бољих и конкретнијих препорука.⁵⁶

На крају преговора је преовладао став држава које су се залагале за ове истраге, тако да су оне нашле своје место у Протоколу (чл. 11 и 12). Ове истраге нису аутоматски обавезне за стране уговорнице, већ државе које желе да прихвате такву надлежност Комитета, морају дати посебну изјаву у том смислу (*opt-in* клаузула).⁵⁷ Ова изјава се може дати,⁵⁸ а исто тако, и повући, у било ком моменту. Изјава о прихватању ове надлежности и изјава о њеном опозивању шаљу се и депонују код генералног секретара УН, о чему он обавештава све друге уговорнице.

Ова истрага се врши у случају повреде „било ког економског, социјалног и културног права установљеног у Пакту“, уколико она има тежак или систематски карактер. Дакле, Комитет ову процедуру не покреће у случају појединачних повреда права, већ само онда када те повреде имају висок степен озбиљности. У погледу надлежности *ratione loci*, важи све оно што је речено код међудржавних саопштења.

За разлику од две претходне процедуре, ова истрага се покреће по службеној дужности (*ex officio*). Уколико Комитет добије поуздане информације да је нека држава уговорница починила тешка или систематска кршења права заштићених Пактом, он ће ту државу позвати да сарађује ради провере добијених информација и тражити да достави свој одговор на те информације. Комитет може одредити једног или више својих чланова да спроведу истрагу и да хитно

54 *Report ...*, E/CN.4/2006/47, 14 March 2006, para. 73; *Report ...*, A/HRC/6/8, 30 August 2007, paras. 112-113.

55 *Report ...*, A/HRC/6/8, 30 August 2007, para. 111.

56 M. Langford: *op. cit.*, p. 27.

57 У појединим нацртима протокола егзистирала је *opt-out* клаузула; *Revised Draft ...*, A/HRC/8/WG.4/2, 24 December 2007, Art. 11*bis*.

58 Од пет држава које су до сада ратификовале Протокол једино је Салвадор прихватио надлежност Комитета да спроводи истраге у случају тешког или систематског кршења права.

поднесу извештај Комитету. Уколико се држава с тим сложи, истрага може бити спроведена и на њеној територији.

Током читавог трајања ове истраге тражи се сарадња државе, а целокупна процедура има поверљиви карактер. Након што испита налазе истраге, Комитет усваја закључке које заједно са својим коментарима и препорукама упућује дотичној држави. Иако они немају обавезни карактер, од државе се очекује да у року од шест месеци обавести Комитет о свом ставу и мерама које је предузела. Након истека тих шест месеци, Комитет може затражити од државе да поднесе или допуни информације о предузетим мерама. Осим тога, Комитет може позвати државу да у свој редовни извештај укључи и детаље о предузетим мерама у вези са спроведеном истрагом. Након консултација са државом, Комитет може сумарни приказ резултата истраге укључити у свој годишњи извештај о раду.

VI МЕЂУНАРОДНА ПОМОЋ И САРАДЊА

Капацитет државе да задовољи економска, социјална и културна права, између осталог, зависи од њене економске успешности, која је, у извесној мери, одређена међународним чиниоцима.⁵⁹ Тога су били свесни и творци Пакта, те су у чл. 2(1) предвидели да државе „путем међународне помоћи и сарадње, нарочито на економском и техничком пољу“ треба да допринесу остварењу гарантованих права.⁶⁰ Међутим, овај члан је покренуо вишедеценијску дискусију о томе да ли је он државама наметнуо правну обавезу да другим уговорницама пруже потребну помоћ за имплементацију економских, социјалних и културних права. Расправа о овом питању се нужно наметнула и током преговора за усвајање Протокола. Том приликом државе су понављале своје традиционалне ставове. Док су, углавном, западне државе тврдиле да је обавеза сарадње и пружања помоћи из чл. 2(1) Пакта само важна морална обавеза која никоме не даје право да захтева помоћ, Египат је, пак, тврдио да се ради о несумњивој правној обавези.⁶¹ Ипак, током преговора некако се дошло до компромиса по питању међународне сарадње, тако да су у Протокол ушла решења која су била прихватљива за све делегације.

Следећи идеју из Пакта, Протокол покушава да обавезу међународне сарадње актуелизује и још више развије. Он, најпре, у преамбули подсећа уговорнице на дужности из чл. 2(1) Пакта, репродукујући тај члан у целини. Поред тога, Протокол садржи и посебан члан (14) посвећен међународној помоћи и сарадњи. У њему је предвиђено да, уколико се дотична држава

59 Р. Етински: Изједначавање међународне заштите економских, социјалних и културних права са међународном заштитом политичких и грађанских права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, стр. 43-44.

60 О томе више видети: W. Vandenhoe: Third State Obligations under the ICESCR: A Case Study of EU Sugar Policy, *Nordic Journal of International Law*, vol. 76, no. 1, 2007, pp. 73-100.

61 *Report ...*, E/CN.4/2005/52, 10 February 2005, paras. 76-77.

сложи, Комитет може доставити специјализованим агенцијама УН, фондовима и програмима и другим компетентним телима своја мишљења и препоруке, усвојене у поступцима по представкама или током истрага, уколико се у њима указује на потребу за техничким саветима или пружањем помоћи. Поред тога, Комитет наведеним телима може, уз пристанак државе, скренути пажњу на свако питање проишло из поступака по представкама које им може бити од користи приликом одлучивања о међународним мерама које ће помоћи државама да остваре напредак у поштовању економских, социјалних и културних права.

Поред напред наведених апстрактних одредаба, Протокол садржи и једну конкретну меру усмерену на унапређење међународне сарадње. У ст. 3 поменутог члана предвиђа се стварање посебног фонда од стране Генералне скупштине УН,⁶² у циљу пружања стручне и техничке помоћи државама уговорницама ради јачања државних капацитета у области економских, социјалних и културних права. Да би се оваква помоћ пружила, неопходна је и сагласност дотичне државе.

Међутим, било је држава које су се отворено противиле установљењу таквог фонда. Неке од њих су сматрале да ће стварање фонда имати негативан утицај на поштовање загарантованих права, јер ће државе увек моћи да тврде да је непоштовање права последица недовољне помоћи од стране фонда.⁶³ Канада, Данска и САД су истицале да је опасно повезати кршење људских права са финансирањем из фонда, и упозоравале да ће бити тешко руководити таквим фондом, као и да ће доћи до преклапања са већ постојећим фондовима УН.⁶⁴ И Немачка је сматрала да не треба оснивати посебан фонд, већ да ту идеју треба реализовати кроз посебан пројекат у оквиру постојећих фондова,⁶⁵ истичући да она не прихвата концепцију фонда као институције која ће „награђивати оне који крше своје обавезе“.⁶⁶ Египат је указао да би фонд могао бити пројекат Канцеларије Високог комесара за људска права.⁶⁷ Лихтенштајн је упозорио да ће оснивањем фонда доћи до подвајања уговорница Пакта, на државе које ће добијати помоћ из фонда јер су истовремено уговорнице Протокола, и на државе које такву помоћ неће добијати пошто су ратификовале само Пакт.⁶⁸

62 Узор за стварање овог фонда био је фонд створен Опционим протоколом уз Конвенцију против тортуре и других свирепих, нехуманих или понижавајућих поступака или казни (чл. 26).

63 *Report ...*, A/HRC/8/7, 23 May 2008, para. 114.

64 *Ibid.*, para. 114.

65 *Ibid.*, para. 182.

66 *Ibid.*, para. 240.

67 *Ibid.*, para. 120.

68 *Ibid.*, para. 189.

Поред тога, вођена је и жустра расправа око врсте помоћи коју фонд треба да пружа. Било је предлога да његова намена буде врло широко одређена, тако да фонд, „кад то буде затражено, пружи економску помоћ државама уговорницама којима недостају финансијска средства за примену ефикасних мера“ за заштиту гарантованих права у складу са препорукама Комитета донетих у било ком поступку установљеном у Протоколу.⁶⁹ Насупрот томе, предлагано је да се намена фонда сузи само на „помоћ појединцима ради подношења представки“.⁷⁰

Ради отклањања страха израженог током преговора о евентуалном покушају држава да непоштовање права оправдају изостанком међународне помоћи, у ст. 4 изричито је речено да одредбе чл. 14 „не утичу на дужност било које стране уговорнице да испуни своје обавезе утврђене Пактом“.

Чл. 14 Протокола „отвара врата за изградњу одговарајућег међународног реаговања на чињеницу да, у светлу растуће међузависности, глобализације и либерализације тржишта, влада није искључиво одговорна за стање економских, социјалних и културних права у држави те да део одговорности лежи на међународној заједници“.⁷¹ Међутим, имајући у виду ставове богатих држава изнете током преговора, не треба бити превише оптимистичан и очекивати да поменути фонд значајније допринесе имплементацији економских, социјалних и културних права у неразвијеним државама. Чини се, да ће и даље главни терет приликом примене ових права падати на државе уговорнице и њихове сопствене капацитете.

VII ЗАКЉУЧАК

Усвајањем Протокола отклоњена је вишедеценијска асиметрија у заштити грађанских и политичких права с једне стране, и економских, социјалних и културних права, с друге стране. Протокол уводи одређене процедуре које су сличне процедурама из ПГПП и опционог протокола усвојеног уз тај пакт. У питању се индивидуалне представке и међудржавна саопштења, као механизми који омогућавају реаговање појединаца и држава у случају кршења права из Пакта. Ипак, код тих процедура су приметне и одређене разлике. Најпре, Протокол код индивидуалних представки намеће Комитету стандард „разумности“, чиме повреду права чини зависном од околности које постоје у држави, али и од самог тумачења наведеног стандарда. Друго, Протокол код тих представки као услов прихватљивости наводи једногодишњи рок и постојање јасне штете, што ће многе захтеве искључити из мериторне оцене Комитета. Поред ових регресивних, Протокол садржи и неке прогресивне новине. Тако је

69 *Draft ...*, A/HRC/6/WG.4/2, 23 April 2007, Art. 14.

70 *Report ...*, A/HRC/8/7, 23 May 2008, para. 117.

71 Р. Етински: *op. cit.*, стр. 45.

њиме уведена истрага у случају тешког или систематског кршења економских, социјалних и културних права, као корективни механизам који покреће сам Комитет, у ситуацијама када индивидуалне и међународне представке нису предупредиле озбиљне повреде права из Пакта. Поред тога, због природе економских, социјалних и културних права и обавеза из чл. 2(1) Пакта, Протокол предвиђа посебан фонд, као и друге мере међународне помоћи и сарадње, ради што боље имплементације зајемчених права.

Можда је од Протокола очекивано и више, међутим, треба имати у виду да је током преговора његов текст често морао бити слабљен како би се задовољиле поједине државе и постигао консензус приликом усвајања појединих решења, са очекивањем да то касније допринесе масовнијој ратификацији. Протокол неће решити све проблеме везане за економска, социјална и културна права, али ће свакако допринети њиховом бољем поштовању.

Он што брине јесте мала заинтересованост држава за овај уговор. Протокол је за две године потписало свега 39 држава, а ратификовало га тек њих пет. Неизвесно је када ће он ступити на снагу, а још је мање извесно да ли ће постићи задовољавајућу масовност. Можда изостанак ратификације неких држава покаже да су учињени уступци током преговора били узалудни, и да оне желе много више од оног што су компромисима добиле.

РЕЗИМЕ

Пакт о економским, социјалним и културним правима је као једини облик контроле поштовања зајемчених права предвидео извештаје држава чланица, што га је битно разликовало од Пакта о грађанским и политичким правима који је заједно са својим опционим протоколом предвидео много снажнији надзорни механизам. Почетком 90-тих година прошлог века јавила се иницијатива за усвајање опционог протокола којим би се ојачала контрола над поштовањем економских, социјалних и културних права. Након неуспешних покушаја Комитета за економска, социјална и културна права да сачини нацрт опционог протокола, Комисија за људска права је формирала посебну радну групу које се бавила тим питањем. Након петогодишњег рада, поменута група је сачинила нацрт Опционог протокола уз Пакт економским, социјалним и културним правима који је 10. децембра 2008. године усвојен од стране Генералне скупштине УН. Он уводи три нова облика контроле поштовања права из Пакта: индивидуалне представке, међународна саопштења, истраге у случају тешког или систематског кршења права. Протокол је прихватио свеобухватни приступ, тако да сва права из Пакта подлежу овим облицима контроле. Поред тога, због специфичности економских, социјалних и културних права, Опциони протокол регулише и међународну помоћ и сарадњу која треба да допринесе што бољој имплементацији ових права.

Doc. Nebojša Raičević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***The Optional Protocol Accompanying
the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights***

Summary

The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, as the only international document that controls the observance of the guaranteed rights in this area, envisaged that the State Parties were obliged to submit (annual) reports on these rights. This legal provision made this Covenant significantly different from the International Covenant on Civil and Political Rights which envisaged (in conjunction with its optional protocol) a much more substantial mechanism for monitoring these rights. At the outset of the 1990s, there was an initiative to adopt an optional protocol which would reinforce the control over the observance of the economic, social and cultural rights. After the unsuccessful attempts of the Committee for Economic, Social and Cultural Rights to draft an optional protocol, the Human Rights Committee made a special work group to proceed with this task. In the next five years, the group worked on preparing the Optional Protocol to accompany the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which was finally adopted in the UN General Assembly on 10th December 2008. This Optional Protocol has introduced three new forms of control mechanisms for monitoring the rights guaranteed in the Covenant: individual communications (complaints), inter-state communications, and the inquiry procedure in case of a serious or systematic violation of these rights. In addition, given the specific nature of economic, social and cultural rights, the Optional Protocol has also regulated the international assistance and cooperation which is to contribute to a better implementation of these rights.

Key words: *economic, social and cultural rights; individual communications, inter-state communications, inquiry procedure, international assistance and cooperation.*

Нама правницима је, међутим, постављен најтежи задатак: да верујемо у свој животни позив а да ипак истовремено у неком најдубљем слоју нашега бића стално сумњамо у њега. Густав Радбрух¹

ПРАВИЧНОСТ СУЂЕЊА У УПРАВНОМ СПОРУ²

- исагога у предлог за измену Закона о управном спору -

Апстракт: Хијерархија правних аката и државних органа је један од основних принципа државноправног поретка. Нови Закон о управном спору сагласан је важећем Уставу али има мањи вредносни праг од њега. Иако истиче као новину начело правичности, поменути Закон се позива на чисту законитост. Утолико судови у управним споровима треба да примењују не само Закон већ и Устав и суде правично. Овај захтев је мање правне а више политичке природе јер потиче из начела Устава. Сматрам да је целисходно принципе правне државе и владавине права из “Начела” Устава пребацити у пети део под називом “Уређење власти”. Тиме ће они добити обавезни карактер. На правду се треба позвати у делу који се тиче поступања Народне Скупштине а на правичност, као правду појединачног случаја, у делу који се тиче поступања судске и управне власти.

Кључне речи: Реформа, управни поступак, управни спор, правда, правичност, начела Устава, организација власти.

Промене у државно-правном поретку су свакодневне а круцијални значај имају законске реформе³. Реформа је вид промене који се карактерише законитошћу. Успешна реформа захтева релативни консензус свих битнијих политичких фактора. Такав консензус постоји у политичком животу Србије али надлазећа политичка превирања утичу на његову упитност. Уколико ситуација

1 Густав Радбрух, Филозофија права (Rechtphilosophie), Београд, 1980, стр. 139.

2 Чланак писан у сарадњи са Јованом Парлић, дипломираном правницом.

3 ² Поред реформе промене државно-правног поретка су и државни удар и пуч. Оне се од реформи разликују по томе што се не врше у складу са посоејим законима.

није довољно добра опозиционе политичке снаге су по правилу спремне да подрже реформу. И на овом месту само дигресија о проблему целисходности.⁴ У њој се морају наћи опозиција и позиција без обзира на природан анимозитет.

Реформске промене треба вршити системски. Оне се могу тицати свих област државно-правног поретка. Сведено на текуће домаће прилике може се говорити о солидном реформизму⁵. Скупштина Србије перманентно доноси нове законе. Те промене су јако значајне те се,утолико, може говорити о њиховој систематичности. Држава Србија је позитивно оријентисана према променама и тиме се разликује од земаља које према истима имају негативан став чиме могу доћи на руб незаконитих промена, државног удара и пуча.⁶

Реформа је вишедимензионална појава. По Ашфорду (D.E.Ashford)⁷ свака реформа има четири аспекта: окружење, садржај, стратегију и динамику. Најзначајнија од ових значајки је садржај кога детерминише одговарајуће окружење. Стратегија и тактика су карактеристике техничке природе. Социолошки основ реформи је доминантан и у условима наше савремене државе и права изискује сталне реформе. Ово је логична последица социолошког фондуса у вишедимензионалној правној и државној појави. Једна у низу законских промена која датира с краја 2009.године је Нови Закон о управним споровима.⁸

Принцип поделе власти као постулат правне државе подразумева поделу власти на законодавну, управну и судску. Правна држава није, како се то најчешће мисли,само држава легалитета, држава у којој се на уставом прописан начин доносе и извршавају закони. Појам правне државе заснован на појму легалитета односно законитости је само формални појам. Он, како смо наговестили, подразумева, као једно од основних организационих начела остварење принципа поделе власти на законодавство,управу и судство, са примарним приматом законодавства као носиоца опште правне регулативе.

Законитост управе, као неопходни услов остварења формалне правне државе, привлачи велику пажњу у литератури о правној држави. То се може објаснити како једним формално-историјским тако и једним садржинским разлогом. У односу на онај први, постоји, наиме, једно особено, уско значење правне државе које је произашло из специфичног развоја Немачке при

4 О целисходности у праву види Милан Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа, Савремена администрација, Београд, 1981.*

5 Реформизам је правац теоријско филозофске мисли према којем се све промене дешавају путем реформи што значи у складу са постојећим поретком. Примењено на појам државно превног поретка реформизам значи да се у држави и праву дешавају само еволутивне промене.

6 Види С. Медар, *Правна држава у светлу учења о односу државе и права, Правни живот, Београд,Удружење правника Србије, 1997, стр. 1040.*

7 D.E.Ashford, *Essence of Decission, Boston, 1971, стр. 297-317*

8 Нови Закон о Управним Споровима „ Сл. Гласник РС“, бр. 111/2009, од 29.12.2009, ступио на снагу 30.12.2009

преласку из бирократско-полицијске у парламентарно-демократску државу. У том значењу правна држава није ништа друго до држава у којој је управна, а посебно полицијска власт, сведена у оквире закона. Садржински разлог преферирања законитости управе као конститутивног елемента правне државе лежи у дискреционој власти управног органа, која је увек потенцијални извор незаконитости и злоупотреба.

Судови се у својој делатности морају руководити законским, а никако политичким разлозима. Остварење овог начела захтева низ предуслова у погледу поступка избора, односно постављања судија, адекватне материјалне зараде итд. Као елементи сложеног механизма правне државе јављају се, од аутора до аутора, и гаранције основних права и слобода човека, посебно уставно и управно судство, ефикасна контрола јавности над вршењем државне власти, одговорност државе за штету учињену грађанима, ефикасност правног поретка...

Материјални, пак, појам правне државе има за свој одредјујући критеријум садржај правног поретка. Правна држава је, у овом смислу, држава легитимитета.⁹ Она се карактерише сврхом којој служи, а која се опредељује најчешће као опште добро, моралност, правда, једнакост, мир, ред, истина, лепота... Филозофско-теоријско заснивање правде као најрудиментарније вредности коју право остварује налазимо још код Аристотела. Једном кроки дефиницијом речено правда је једнако поступање са једнакима те неједнако поступање са неједнакима. Две су основне врсте правде: разменска или аритметичка где се једнако размењује са једнакима и дистрибутивна или расподељујућа где се друштвено добро раздељује на појединце према њиховој заслуги за друштво. Постоје, при томе, различите концепције, односно идеологије правде, што њен појам чини изузетно релативним.¹⁰

Најсроднија вредност правди је правичност. Она је коректив праведности. Радбрух је дефинисе као правду конкретног случаја. Наиме, будући да се сваки конкретан случај нечим разликује од апстрактно предвиђеног случаја у закону, то би конкретна примена закона на конкретне случајеве, који увек унеколико одступају од закона била уствари неправедна. Тада на сцену ступа правичност која се састоји у томе да се општи законски пропис прилагоди конкретном случају тако да примена закона на тај случај не донесе неправду него правду.¹¹ Наиме, у извесним случајевима примена општег прописа, погодног за већину случајева може бити неправедна због изузетних особености случаја на који треба да се примени. У том случају ће надлежни орган применити начело правичности и ублажити одговарајућу правну последицу по односног правног субјекта.

⁹ Види Коста Чавоски, Увод у право И, Основни појмови И државни облици, Београд 1994, стр.123

¹⁰ Види Никола Висковић, Појам права, Сплит, 1981, стр. 143-155.

¹¹ Види Радомир Лукић, Мирослав Живковић, Увод у право, 1995, стр.492.

Најзначајнији облик судске контроле над радом управе у Републици Србији је управни спор. Уобичајно се сматра посебном врстом судске контроле над радом управе. Формални појам управног спора¹² не пружа одговор због чега се одговарајући спор поверава посебним управним судовима. Полазећи од материјалног гледишта као референтни критеријуми се узимају или субјекти спора или правна правила по којима се спор решава.¹³ По критеријуму странака у спору управни спор постоји ако се у њему као обавезан учесник јавља управа без обзира да ли га она покреће или не. По другом гледишту, наиме оном које полази од правних правила којима се регулише управни спор, управни спор постоји ако је спорно питање питање управног права. Тај услов је испуњен када се примењују прописи јавног а не приватног права. Ова дефиниција је циркулус витиосус то јест “ погрешан круг, неисправан доказ, када се став који треба доказати узме као премиса”.¹⁴ По професору Димиртијевићу појам управног спора може се одредити само на основу материјалног гледишта и везује се за појам управне ствари. “Предмет управног спора могу бити само они управни акти који су донети у каквој управној ствари. Предмет управног спора не могу бити акти државног органа који нису донети у каквој управној ствари.”¹⁵ Респектабилну дефиницију управног спора срећемо и код професора Зорана Томића. По њему је управни спор “ правно респектујућа (призната) ситуација, настала подношењем тужбе против одређеног резултата управног рада- управног акта. . . , за који легитимисани тужилац налази да је незаконит и тражи његово елиминисање из правног поретка”¹⁶

Нови Закон о управним споровима из марта 2010. године поред осталих новина садржи и одређење управне ствари. Управна ствар, у смислу Закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди. Чини се да овакав појам почива на интересном критеријуму. Тиме се подржава интересна концепција поделе права на приватно и јавно и обогаћује досадашње уобичајно дихотомно схватање управног спора.

У првом делу Новог Закона фигурира као новина и начело правичности. Та новина гласи: “ У управном спору – суд одлучује **на основу закона** и у **разумном року, на подлози чињеница** утврђених на **усменој јавној расправи**. Евидентно је да се овде ради о круцијалниом захтеву законитости као претпоставци формално

12 Види Мирјана О. Рађеновић, Право управног спора, Правни факултет Универзитет у Бањој Луци, Бања Лука 2010, стр. 51-52.

13 Види Предраг Димитријевић, Управно право Општи део, књига друга, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2008, 231.

14 Лексикон страних речи-Архаизми, локализми, неологизми, ИИ издање ЈРЈ Земун 2002, стр. 822.

15 Предраг Димитријевић, *op.cit.*, стр. 232.

16 Зоран Томић, Управно право, Београд 1991, стр.525.

организационо правне државе. Међутим, евидентна је и непоходна неодређеност овог члана будући да се позива на разумни рок. Ради се о правном стандарду као неизбежном чиниоцу опште правне регулативе. Додуше, добар законодавац чврсте правне рокове егзактно одређује у члановима Закона који се тичу правног поступка. Ти рокови се заиста показују разумним.

Уз дужно поштовање напора законодавца, налазим да постојећа законска формулација оставља простор за проширење. Основ за такву тврдњу налазим у резолуцији(77) 31 о заштити појединаца у односу на акте органа управе. Ради се о начелу да “ циљ резолуције није да се, усвајањем униформних правила, ускладе различити национални закони о управном поступку већ да се унапреди општа препознатљивост одређених начела у праву и пракси земаља чланица. Та идеја се одржава и у формулацији начела: њима се не дефинишу детаљне обавезе управе, већ се описује начин који води постизању правичности у односима између управе и појединца”¹⁷

Члан 1. из дела “ Начела” важећег Устава из 2006. године гласи:” Република Србија је држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности европским принципима и вредностима.” Ово начело врви од вредносног садржаја. Не случајно, на првом месту се позива на владавину права и социјалну правду. У горњем тексту сам преферирала појам правне државе нагињући тако немачкој концепцији, која као врховну вредност познаје правду и правичност као њен сателит. Владавина права за крајњу сврху узима слободу. “ Циљ закона није да укине или ограничи, већ да очува и увећа слободу; јер, у свим државама створених од бића подобних за законе, тамо где нема закона нема ни слободе.”¹⁸ По професору Чавошком ради се о умећу слободе. Ове концепције нису неспојиве будући да су врховне вредности аксиоматске. Утолико се, чини се, можемо поносити нашим Уставом који збира скоро све круцијалне вредности. Не помињу се ту, додуше, ред, мир, сигурност, истина, лепота.¹⁹

У оквиру поменутог начела Устава посебно је значајно позивање на припадање европским принципима и вредностима. Припадање није правни а чини се ни политички појам. То је појам који као подтекст има асимилацију те можемо закључити да се ради о особеној мешавини социјалног и психолошког. Ово говори о ТЕЖЊИ ка европским асоцијацијама. Утолико ни на Уставу

17 Види Препорука Р (80) 2 о вршењу дискреционих права управног органа, Комитет министара Савета Европе, Резолуција(77)31 о заштити појединаца у односу на акте органа управе.

18 John Locke, Две расправе о влади, Београд, “ Младост”, 1978, књ. ИИ, стр.37.

19 Интересантно питање је оно које се тиче могућности комбиновања више правних вредности и вредности уопште. Да ли, на пример правда и слобода могу бити истините или лепе.

засновани закони не морају познавати ту тежњу. Да ли, пак, морају познавати правне вредности на које се Устав позива питање је особене врсте. Уставне одредбе се не морају мултиплицификовати кроз поједине законе. Међутим, сматрам да је пробитачније и, што је посебно значајно, ефикасније да се кроз опште законске норме, односно у овом случају законска начела, потврди уставна материја.

Закон о управним споровима се позива на правичност али у образложењу тог начела квалификује законитост. “Одлучивање на основу закона и у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи“ су захтеви законитости, односно формално организационо правне државе, државе легалитета. Легитимна правна држава као материјално одређење има праведност. Као што сам напред нагласила праведност се мора допуњавати правичношћу. Уколико сматрам да наведену законску одредбу треба проширити позивањем на правду или , у најмању руку, на правичност.

Праведност већ у својој семантичкој основи подразумева оправдање. Онда би просто школско питање гласило:”Када су држава и право оправдани?” Право изводи свој легитимитет, односно оправданост из демократски уређене државе. То је држава у којој постоји подела на законодавство, управу и судство и у којој законодавство, као носилац опште правне регулативе, има природни примат. Законодавни орган мора бити изабран од стране народа јер је само тако презентан. Ради се евидентно о захтеву посредне односно представничке демократије са њеним, опет природним, недостацима и ограничењима. Гласање за представнички орган, у нашем случају Скупштину Србије, као вид непосредне демократије треба популизovati и посебно мотивисати младе људе да на изборе изађу. Такође, више простора треба дати референдуму као облику непосредне демократије.

Клонећи се опасности да своју дискурзивну мисао оптеретим дигресијама и апоријама за крај наводим само стару али никада анахрону максиму: EST AUTEM IUS A IUSTITIA, SICUT A MATRE SUA, ERGO PRIUS FRUIT ISUSTITIA QUAM IUS (Право потиче од правде као од своје мајке: према томе, правда је настала пре права). Правди свакако треба тежити. Томе нас учи Аристотелова метафизика у појму ентелехије.²⁰

20 Активни принцип који оно што је могуће ствара, затим усавршава и, најзад од тога прави циљ свога живота; виша енергија која сама себи одређује правац, или виша делатност који свој смисао има у себи, Лексикон страних речистраних речи, стр.201. Види о томе Сузана Медар, Рефлексије о вредностима у праву, Макропројект Стварање услова за развој модерног правног и друштвено-економског система Србије као демократске државе: зборник радова, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 2005, стр.381-388.

Резиме: *Променљивост друштвених прилика стално изазива потребу за реформама. У области управног права последња реформа је извршена Законом о управном спору и Законом о општем управном поступку. Законодавац као значајни новум истиче начело правичности суђења. Наиме, суд у управном спору одлучује на основу закона, у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи. Законодавац истиче да је ово начело правичности суђења први пут, на овакав начин дефинисано и посебно издвојено. Налазимо да, у најмању руку, поменуто начело треба проширити стварним садржајем начела правде и правичности. У томе се мора поћи од Аристотела и завршити Аристотелом- дати сваком своје и тежити да се такво давање увек упражњава. Дубоко поштујем намеру и тежњу законодавца да реформом унапреди постојеће законодавство. За то му важећи Устав даје, мало је рећи, широке оквире. Важећи Устав се позива на владавину права и социјалну правду. Упутно је размислити и о пребацавању принципа социјалне правде и правичности из начела Устава у неке друге уставне одредбе чиме би они добили обавезни карактер.*

Doc. Suzana Medar, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***The Principle of Fairness in the Administrative Proceeding:
Isagoga to the proposal for amending the Administrative Disputes Act***

Summary

The changeable social circumstances constantly generate the need for reforms. In administrative law, the latest reform has been completed by adopting the Administrative Disputes Act and the General Administrative Procedure Act. A significant novelty introduced by the legislator was the principle of fairness. Namely, in the administrative proceeding, the court has to reach a decision within a reasonable time, on the basis of the applicable law and facts established in the oral public hearing. The legislator has pointed out that the principle of fairness has been defined in this way and treated separately for the first time. The author believes that this principle should (at least) be expanded by the substantive contents of the principle of fairness and justice. In that context, Aristotel must be both the starting point and the ultimate outcome; everybody should be given its share and the giving should be exercised at all times. The author has a deep respect for the intention and endeavour of the legislator to reform the existing legislation in this area. The Constitution provides a wide

Доц. др Сузана Медар

framework for such an endeavour by calling upon the rule of law and social justice. It might be useful to consider transferring the principles of social justice and the rule of law from the Constitution "Principles" into some other constitutional provisions, which would give these principles a binding character.

Key words: *reform, administrative procedure, administrative dispute, justice, fairness, principles of the Constitution, organization of governing powers.*

ДИСКРИМИНАЦИЈА ЖЕНА И ЖЕНСКА ЉУДСКА ПРАВА¹

Апстракт: У раду испитујемо феномен и инстанце дискриминације жена у контексту концептуализације женских људских права. Дискриминација жена, њена друштвена видљивост и борба против ње, унутар идеје о правима и равноправности жена, извор су многих теоријских дебата. Академске расправе и снажан утицај женског покрета довели су до заснивања и остваривања женских људских права на различитим нивоима, као недељивог дела универзалног режима људских права.

Кључне речи: род, дискриминација жена, људска права, женска људска права.

Дискриминација жена и женска људска права*

На мапи социјалних процеса и односа јасно можемо да препознамо оне просторе у којима се одвија дискриминација жена, из перспективе жене као родне различите индивидуе и као припаднице социјалне групе која је обележена маргиналним социјалним стаусом.² Рекли бисмо да ове друштвене чињенице указују да је у модерном друштву контекст дефинисања људских права жена детерминисан феноменом дискриминације жена. Дакле, разговор

1 Рад је резултат истраживања на пројекту «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр.179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

2 Када Р. Рорти говори о култури људских права он, као парадигматичан пример искључивања појединих група људи из људске заједнице, наводи општеприсутне ставове о женама: »Жене увек остају деца, мушкарци имају обичај да кажу: зато нема смисла трошити новац на њихово образовање и треба им онемогућити приступ власти. Када су у питању жене, има једноставнијих начина да их искључимо из праве људске заједнице: на пример употребом речи 'човек' као синонимом за 'људско биће'. Као што су феминисткиње указале, таква употреба појачава захвалност просечног мушкарца што се није родио као жена, као и његов страх од најгоре деградације: феминизације.« (Видети детаљно у: Рорти, Ричард, »Људска права, рационалност и сентименталност«, у: *Политике људских права*, "Београдски круг", 3-4/1995-1-2/1996, стр. 41-58.)

о концептуализацији појма људских права жена требало би фокусирати како на сам појам дискриминације жена и начине њеног испољавања, тако и на механизме одржавања процеса дискриминације жена. Препознавање укупног контекста дискриминације жена отвара и суштинско питање превазилажења дискриминације из перспективе правног дискурса и важног политичког питања.

1. Студије и анализе стратификације показале су, по мишљењу Е. Гиденса, да се дуги низ година није »обраћала пажња на питања рода – писане су као да жене не постоје, или као да нису важне или занимљиве када је реч о анализама расподеле моћи, богатства и престижа. Ипак, род је сам по себи један од најилустративнијих примера стратификације. Не постоји ниједно друштво у којем мушкарци, бар у неким аспектима друштвеног живота, немају више богатства, виши статус и већи утицај од жена«. ³ Дакле, та чињеница је допринела да вертикала социолошко/феминистичких дебата у оквиру истраживања положаја жене буде анализа дискриминације жена. Дискриминација жена се дефинише као ”неповољан третман жена у јавној сфери који резултира њиховим неповољним положајем у расподели свих битних друштвених ресурса (материјалног богатства, моћи и угледа)«, ³ којим »управља« традиционални систем друштвене моћи. У истраживањима овог социјалног феномена М. Благојевић указује да су дискриминација и мизогинија⁴, као и експлоатација жена и насиље према женама, део проблема патријархалног/традиционалног друштвеног оквира. Наиме, односи између мушкараца и жена, а онда и њихов стварни положај у друштву, као и степен испољавања дискриминације према женама, значајно су одређени ставовима и вредностима о мушкарцима и женама које дели шира друштвена заједница.⁵ Дакле, родни »вредносни

3 Giddens, Anthony, *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 1989, str. 339.

4 Мизогинија је мржња према женама. „У ширем смислу ради се о безразложној мржњи и/или страху, који су најчешће праћени осећањем непријатељства и гађења. Мизогинија је изражена у институционалним и свакодневним праксама, у јавним дискурсима и у приватним, интимним односима. Њене карактеристике су да је готово општеприсутна (убикуиту), институционализована, најчешће ритуализована, а истовремено и идеологизована, служећи као оправдање искључивања, хијерархизовања и експлоатације жена. У том смислу, мизогинија је и идеологија и пракса и дискурс и културна институција, али и однос међу људима. Она је у бити есенцијалистичка, јер се примењује на ”све жене”, а женскост је биолошки дефинисана.”(Благојевић, Марина, ”Мизогинија: Контекстуална и/или универзална”, у: *Полни стереотипи*, Посебно издање 2, ”Нова српска политичка мисао”, 2002, стр. 23/24.)

Општа распрострањеност и друштвена прихваћеност мизогиније за собом доносе друштвену доминацију мушкараца и неједнакост друштвених могућности мушкараца и жена.

5 У истраживањима и литератури о женском питању овај социјални феномен познат је под именом »парадокс рода«, и он показује да »када се особине или понашање који су повезани са женом процењују негативно или мање вредно - онда је род релевантан, односно, када се особина или понашање који су повезани са женом процењују позитивно или као драгоцен - онда је род ирелевантан«. (Видети детаљно у: Rosener, Judy B., »Leadership and

консензус« једне друштвене заједнице сума је постојеће традиционалне културе, степена развијености друштва, грађанске традиције и политичке јавности, нивоа клерикализације друштва, култа ратовања и ратничке традиције, снаге и утицаја женског покрета, и др. За објашњење дискриминације жена у савременом друштву потребно је разумети улогу коју у том контексту има системска инхибиција⁶. Велики број истраживања дискриминације жена која је урадила М. Благојевић, суочавају нас са чињеницом, како она каже, да се не само дискриминација може емпиријски утврдити, већ је исто тако могуће емпиријски утврдити и постојање системске инхибиције која делује на жене као припаднице маргиналне групе⁷. Системску инхибицију, као социјални конструкт, она разуме као »скуп друштвених механизма који условљавају квантитативно смањивање и квалитативно деградирање активности жена и њиховог целокупног друштвеног положаја. Системска инхибиција коју жене морају да савладају у свом успињању на лествици друштвене хијерархије испољава се у пет подручја: 1. области рада; 2. социјализације и образовања; 3. у професији; 4. стваралаштву, и 5. у породици.«⁸ Жене, дакле, да би премостиле системска ограничења у наведеним областима, приморане су да имају и више и израженије промотивне механизме⁹, него мушкарци који јесу, у друштвеном смислу, доминантна група.

Наиме, женама је онемогућено да равноправно са мушкарцима учествују на тржишту рада у расподели занимања и положаја који обезбеђују богатство и углед, и где је значајно концентрисана већа количина друштвене моћи. Истраживања показују да дискриминација и сегрегација жена на радном месту има директан утицај на примања жена и на количину моћи коју поседују. Она се манифестује на два начина, и то као: а) хоризонтална дискриминација –

the Paradox of Gender«, in: Walsh Roth, Mary, ed., *Women, Man and Gender – Ongoing Debates*, Yale University Press, New Haven 1997, str. 296.)

6 Видети детаљно у: Благојевић, Марина, *Жене изван круга*, Београд, Институт за социолошка истраживања Филозофског факултета у Београду, 1991, стр. 26–30.

7 Жене као друштвену групу обележава припадност маргиналној групи. То показује њен неповољнији положај од мушкарца, па је женама из те позиције ускраћен приступ свим темељним друштвеним ресурсима (културним, економским и политичким). Као “маргинализованој већини” њима “припада” положај маргиналаца, који жене као и друге маргиналне групе (деца, стари, инвалиди, Роми, црнци, и др.) добијају за различит, другачији, у односу на доминантну групу и доминантну културу, биолошки и/или културни хабитус.

8 Благојевић, Марина, *Жене изван круга*, оп. цит. стр. 483–484.

9 Субјективни (квалификација, компетитивне црте личности, и др.) и објективни (породични “бацкграунд”, подршка других, порекло, и др.) елементи промоције жена увек морају да буду интензивнији и убедљивији него код мушкараца, када се налазе у “трци” за исти положаја на хијерархијској лествици. Марина Благојевић наводи да је у више истраживања које је радила, потврђена веза између пола/рода и јачине промотивних механизма, односно, тачније између пола/рода и јачине дискриминације. (ибид. стр. 484.)

одвајање жена у приватну сферу засновано је на конструкцији социјалних улога и стереотипа који структуришу родну поделу рада. На тај начин послови су издвојени и засновани на основу традиционалних улога пола: на пример, подучавање, нега болесника, старих и деце, послови спремања и одржавања везани су за жене; односно, механика, медицина или инжињерство за мушкарце; б) вертикална дискриминација – поштовање мушкараца и постављање жена у позицију подређености и потчињености, као и невредновање дужности које су им приписане.¹⁰

Проблем дискриминације постаје социјално упечатљив и онда када шансе за друштвени успех жена (и њихове стопе представљања) почињу да опадају уколико се иде ка положајима који су ређи и више тражени.¹¹ »Најчешће се 'подразумева' да на многе престижне положаје треба поставити мушкарце. Чак и када су на врховима пирамида, привредних или политичких, жене су често 'у сенци', без праве могућности да досегну сам врх. Наравно, изузеци постоје. Али, са становишта патријархата као целине, изузеци, жене које су 'на врху' не представљају заиста битну промену«. ¹² Дакле, догма о инфериорности жена се самообнавља и утемељује, између осталог, и у околностима када друштвена контрола дискриминације жена улази у систем институционалне примене и заштите права жена. Дискриминација као структурни концепт односи се на системске ускраћености одређених друштвених група. Њени узроци леже у обичајима и нормама који се не доводе у питање, у предрасудама на које се ослањају институционализована правила и свим другим последицама поштовања таквих правила. Речју, »дискриминаторни дискурс испуњава многа наша свакодневна искуства«. ¹³

Дакле, у структуралном смислу, дискриминација подразумева дубоку неправду коју неке групе трпе као последицу предрасуда, „готових истина” и често несвесних стереотипних реакција у обичној комуникацији, а такође и кроз приказивање стереотипних родних улога жена путем тржишних механизма у медијском и културном простору, односно, у свему што чини део

10 Видети детаљно у: Facio, A., Sandoval, R., and Morgan, M., “Gender Equality and International Human Rights in Costa Rican Constitutional Jurisprudence”, in: Baines, Beverley and Rubio-Marin, Ruth, ed., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2005, стр. 115.

11 Стопа актуелне и потенцијалне феминизације без сумње је најбољи знак положаја и вредности различитих професија. Видети детаљно у: Бурдије, Пјер, *Владавина мушкараца*, ЦИД, Подгорица, 2000, стр. 126.

12 Благојевић, Марина, “Дискриминација: неплаћено, потплаћено и потцењено”, оп. цит. стр. 482.

13 Young, M. Iris, “Five Faces of Oppression”, in: Asumah, Seth and Johnston-Anumonwo, Ibiro, ed., *Diversity, Multiculturalism and Social Justice*, Global Publications Binghamton University, New York, 2002, стр. 39.

процеса свакодневног живота.¹⁴ Дакле, не можемо елиминисати структуралну дискриминацију тако што ћемо само стварати нове законе или само мењати политички контекст, суштина је у вишедимензијској репродукцији структуралне дискриминације у најважнијим економским, политичким и културним институцијама. »Супротстављање структуралној дискриминацији захтева преиспитивање базичних културних вредности и фундаменталних принципа друштвене организације.«¹⁵ Области социјалног живота у којима је могуће индиковати дискриминацију жена имале су, ако их пратимо на историјском нивоу, сасвим различите димензије, рекли бисмо, по садржају, интензитету и по социјалној видљивости. Можемо рећи, на основу ширих структура неједнакости, да се у друштву на различитим местима и у различитим околностима врши дискриминација жена, и тиме се јасно показује да постоје дупли стандарди за права људи – за мушкарце и за жене.

Друштвена чињеница је да су жене на тржишту рада »увек плаћене мање од мушкарца, и када је све остало исто, да оне добијају мање значајна места са истим дипломама, и, нарочито да су пропорционално више погођене незапошљењошћу и радије склоњене на мјестима на одређено вријеме – што, поред осталог, има као последицу њихово скоро сигурно искључење из игара моћи и перспектива за каријеру.«¹⁶ Феномен »стаклени плафон«¹⁷ је само коначан сумарум економске и социјалне неравноправности жена. Ову чврсту и невидљиву брану Лори Морган дефинише као оне случајеве где »жене започињу каријеру са исте

14 I. M. Young у свом огледном есеју „Пет лица опресије“ истиче постојање: а) експлоатације, б) маргинализације, ц) немоћи, д) културног империјализма и е) насиља, као пет јасних форми дискриминације друштвених група и појединаца у њима. Тако расизам, сексизам, еџизам и/или хомофобија са својом јасном динамиком погађају друштвене групе као што су жене, стари, расне и етничке групе, религијске групе, хендикепиране, групе различите сексуалне оријентације и др. Жене су као група, по њеним истраживањима, изложене родно заснованој експлоатацији, немоћи, културном империјализму и насиљу. (ибид. стр. 37.)

15 Pincus, Fred L., “Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional and Structural”, in: Adams, M., Blumenfeld, W., Castaneda, R., *Readings for Diversity and Social Justice*, Routledge, New York, 2000, стр. 189.

16 Бурдије, Пјер, *Владавина мушкараца*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 127.

17 Појам “стаклени плафон” (*гласс цеилинг*) у литератури је у широкој употреби од 1987. године, а иначе је први пут употребљен 1970. године у САД. Њиме се означава појава карактеристична за немогућност жена да у пословној хијерархији напредују до највиших руководећих положаја. Метафора “стаклени зидови” (*гласс валлс*) описује професионално одвајање жена, које служи као баријера и средство да концентрише жене унутар одређеног типа посла или делатности, или да ограничи жене на одређени посао или делатност. Значајно емпијско истраживање ових феномена у области јавних политика и женског представљања можемо видети у књизи Reid Margaret F., Kerr Brinck and Miller Will, *Glass Walls and Glass Ceilings: Women’s Representation in State and Municipal Bureaucracies*, Praeger, Вестпорт, 2003, стр. 23. О истом феномену говори и П. Бурдије у поменутој књизи *Владавина мушкараца*.

почетне позиције као и мушкарци, да би током времена или напредовале све спорије у односу на њих или наставиле да напредују равноправно све док у неком тренутку то њихово напредовање не буде заустављено.¹⁸ Заправо, иако чине 40% глобалне радне снаге, жене заузимају тек око 20% менаџерских позиција и овај проценат опада са порастом хијерархијског нивоа положаја. Дискриминацију суштински обележава постојање два пола на којима се она видљиво показује: први представља политика, коју карактерише значајно одсуство жена, а други - породица, коју карактерише изразито присуство жена. Нужна последица овог одсуства/присуства жена је да се област политике артикулише све до данас као »мушка сфера«, док се област породице недвсмислено приказује као »женска сфера«. »Нема сумње да се ради о својеврсним корелатима, односно, да присуство жена на једној страни појачава њихово одсуство на другој, и обрнуто.«¹⁹ Пропустљивост система на вишим нивоима друштвене хијерархије за жене је крајње ограничена, и нарочито је видљиво тамо где се налазе центри моћи - у политичкој сфери.

Пјер Бурдије наводи да структурни односи полне владавине и друштвена корелација међу њима постају видљиви и »да жене, које су стигле на врло високе положаје (кадар, руководилац министарства, итд.) морају тако рећи ‚платити‘ тај професионални успјех мањим ‚успјехом‘ у кућном поретку (разводом, касним браком, целибатом, тешкоћама или неуспјехом деце, итд.) и у економији симболичких добара, или обрнуто, да успјех у домаћинству често надокнађује, делимично или потпуно, одустајање од великог професионалног успјеха (нарочито кроз прихватање »предности« које су тако лако признате женама само зато што их оне стављају изван трке за моћ: пола или ‚четири петине‘ радног времена).«²⁰

Извесно је да ниједно друштво не третира жене подједнако добро као мушкарце. Из обимне документације, у оквиру студије Уједињених Нација о друштвеном положају жена на глобалном нивоу, која представља квалитативан резиме статистичких података, табела и графикана можемо уочити како су: жене изложене стереотипима, предрасудама и свесном умањивању сопственог осећања самопоштовања; женама се место у кући намеће као „природно“; женама се намеће самоперцепција која је заснована на мушкој перцепцији жена; женска интелигенција и способност су потцењени; жене, сматра се, морају да буду подређене мушким члановима породице и мушкарцима уопште; жене и мушкарци су у друштву изложени различитим стандардима понашања; женама је „природно примарна“ репродуктивна улога; женама се ускраћује контрола над сопственим телом; жене се третирају као сексуални објекти;

18 Morgan, Laurie A., *Glass ceiling effect or cohort effect? A longitudinal study of the gender earnings gap for engineers, 1982 to 1989*, »American Sociological Review«, Vo. 63/1998, стр. 126.

19 Благојевић, Марина, оп.цит. стр. 492.

20 Бурдије, Пјер, оп.цит.146.

жене су потенцијалне жртве силовања и других облика насиља; жене трпе зато што су закони пуни предрасуда према њима; женама се не признаје да су хранитељке; жене су ограничене у социјалним изборима и могућностима зато што су недовољни капацитети служби дечјег старања и старања о старим људима; жене пате од двоструких радних обавеза и конфликта улога; жене су економски маргинализоване; жене су последње које ће добити посао, а прве које ће бити отпуштене; жене зарађују мање плате од мушкараца; женски допринос економској производњи није признат; женски рад није цењен; жене имају ограничену контролу над сопственим достигнућима; жене су професионално дискриминисане, ускраћује им се лидерство као и водеће позиције; женама су мање приступачне различите опције и могућности у друштву и жене имају секундарну улогу у процесу одлучивања.²¹ Социјабилитет дискриминације жена²² указује на системску ускраћеност жена у јавном животу, као и на преношење дискриминације на структурни и институционални ниво друштва. Као што смо већ рекли, матрица дискриминације жена је стална репродукција дискриминације у носећим културним, економским и политичким институцијама друштва. Дискриминација је, дакле, суштинска карактеристика друштвеног положаја жене, било да се она посматра на индивидуалном или на групном нивоу.²³ Заправо, погрешно је очекивати да ћемо данас дискриминацију прецизно маркирати и јасно препознати. »Она није једнодимензионална, једноставна, лако уочљива. Напротив, механизми којима се спроводи све су суптилнији.«²⁴

2. Разлике у неједнаком конзумирању и остваривању права социјалне групе мушкараца и социјалне групе жена, суштински указују и на њихов различит/неједнак друштвени положај, што значи да је присуство дискриминације њихова коегзистирајућа, егземпларна, карактеристика. Када је питање рода ушло у фокус правних истраживања, кроз анализу дискурса женских људских права, испоставило се да је важно објаснити проблем који постоји у остваривању људских права групе људи (друштвена група мушкараца и друштвена група жена) повезаних истим статусом. Анализирајући концепт друштвене групе, Ајрис Јанг каже да се дискриминација односи на структурни феномен који друштвену групу чини слабом и пасивном. Наиме, у самом друштву разликујемо људе у складу са друштвеним групама као што су мушкарци и жене, старосне

21 Видети детаљно у: *Gender Equality – Striving for Justice in an Unequal World*, United Nations Research Institute for Social Development, 2005.

22 Елен Бадентер говори о томе, да је 1977. године у речник “Роберт” реч “сексизам” ушла са дефиницијом да је то “Дискриминациони став у односу на женски спол”. Док термин дискриминација постаје, у свакодневном говору, синоним сегрегације: акције одвајања једне друштвене групе од осталих, третирајући их лошије”. (Бадентер, Елен, *Једно је друго*, Свјетлост, Сарајево, 1986, стр.207.)

23 Благојевић, Марина, оп. цит. стр. 489.

24 ибид. стр. 493.

групе, расне и етничке групе, религијске групе и тако даље. Али, „друштвене групе ове врсте нису само прост збир људи, оне су суштински испреплетане идентитетима људи који су описани и који им припадају. Они су посебна врста колективитета, са специфичним последицама по томе како себе разумеју и како их други разумеју. Друштвену групу чине особе које се разликују од најмање једне друге друштвене групе по културним нормама, начину живота. Припадници групе имају посебан афинитет једни према другима због сличног искуства или начина живота, што их чини повезанијим међу собом него са онима који се не идентификују са групом. Групе су израз друштвених односа; група постоји само у односу са бар још једном групом.“²⁵

Расправа о концепту људских права жена, пореклу и разлозима настанка, можда треба да крене од, пре свега, познате друштвене чињенице да је жена одувек била »само посредник права, а не и његов уживалац«²⁶ О чему говори та друштвена чињеница и шта она значи за објашњење настанка »права жена«? Како се тај процес »стицања« женских права описује и дефинише у историји и теорији људских права и какве су социјалне последице тог процеса на свеукупну еманципацију људи? Да ли су разлози социјалне и/или теоријске провенијенције били узрок »сукоба« и неразумевања између теорије људских права и концепта женских људских права? Не треба губити из вида, пре свега, када је у фокусу анализа дискурса женских права, да правна теорија „није и не може бити само концептуално питање. Појмови не постоје у безвременој празнини него су саставни дио друштвеног живота, и не могу се третирати као апстракције одвојене од конкретних облика друштвених односа.“²⁷

Људска права су установљена као права која се везују за саму условљеност људских бића²⁸ и њиховог права на слободу. Људи као појединци/појединке могу захтевати и захтевају та права на основу свог постојања као људских бића, а заједница је та која за њих, из етичких разлога, правно гарантује. Уздизање »тих права на ниво темељних начела законодавства и друштвеног поретка«²⁹, представља, у цивилизацијском смислу, кључни тренутак у историји идеја западног културног круга и једну (од неколико) општеприхваћену моралну визију човечанства.³⁰ Дакле, људска права не иду из позитивноправног поретка државе, она припадају моралном устројству људи и појединцима/појединкама

25 Видети детаљно у: Јоунг, Ирис, оп.цит. стр. 41.

26 Бовоар, Симон де: *Други пол И-III*, БИГЗ, Београд, 1982, стр. 101.

27 Патеман, Царол, *Женски наред*, Женска инфотека, Загреб, 1998, стр. 104.

28 Левинас, Емануел, »Људска права и добра воља«, у: *Политике људских права*, „Београдски круг“, 3-4/1995-1-2/1996, стр. 30.

29 ибид. стр. 30.

30 Банч, Шарлот, „Права жена као људска права: прилог ре-визији људских права“, у: *Политике људских права*, „Београдски круг“, 3-4/1995-1-2/1996, стр.174.

као аутономним, слободним, једнаким и рационалним људским бићима. Како тврди Ричард Рорти феномен људских права је “светска чињеница”³¹ и сагласност око идеје људских права и њено ширење, позива једно ново време, »доба права«, у којем људска права, како се чини, имају прилику да се универзализују, да постану »општим законом народа«.³²

Социолошка теорија³³ је у изучавању људских права аналитички усмерена на везе појединца и друштва, са идејом да објасни како људска права представљају индивидуалну и колективну тежњу за људском слободом. Како је концепт слободе језгро људских права, онда се он, посматрано из историјске и политичке перспективе, »природно« заокружује једнакошћу грађана. Управо због тога, у одређеном историјском и друштвеном тренутку, акценат је морао да се стави на теоријски и институционални развој концепта људских права жена. Стога је, можда, “најизузетније достигнуће деведесетих година било увођење питања, сексуалног и репродуктивног здравља и права, насиља над женама и неједнаких односа моћи у родним релацијама, у центар глобалних и националних дебата о људским правима и људском развоју.»³⁴

У питању да ли је држава одговорна да осигура женама уживање људских права (грађанска, политичка, економска, друштвена и културна права), »крио« се заматак дебате отворен у круговима теоретичара права који су инсистирали на томе да изван концепта људских права, универзално пројектованих, не постоји правни простор за посебна права жена. У друштвеном смислу, без обзира на теоријске дебате и оспоравања, инсистирање на заштити права жена показује се као неминовност и реакција на системску и историјску природу неједнакости између мушкараца и жена. Већина феминистичких теоретичарки права истиче две примедбе које се тичу појма људских права: апстрактни карактер самог

31 Рорти, Ричард, »Људска права, рационалност и сентименталност«, у: *Политике људских права*, “Београдски круг”, 3-4/1995-1-2/1996, стр. 41-58

32 Ролс, Џон, »Закон народа«, у: *Политике људских права*, “Београдски круг”, 3-4/1995. - 1-2/1996, стр. 9.

33 Корисно је, између осталог, због начина и последица имплементације људских права и људских права жена у наш културни контекст, видети разлику која постоји између социологије и главног правца у изучавању људских права. Та разлика је, заправо, производ тензија у филозофском дебатама око идеја универзализма и релативизма. Наравно, исход и решење релативистичко-универзалистичке дебате неће бити од „користи“ ако остане на нивоу апстрактних разматрања. Оно мора да крене ка поновном схватању културе као процеса, где се пажња усмерава на емпиријске појединости - како људска права и локална култура могу дијалектички утицати једна на другу, и како њихов специфичан положај може да произведе нове хибридне и случајне културне последице. (Погледати одељак о људским правима/rights, human/, у: Turner, Brajan S., ed., *The Cambridge Dictionary of Sociology*, Cambridge, University Press, 2006, стр. 521.)

34 *Gender Equality – Striving for Justice in an Unequal World*, United Nations Research Institute for Social Development, 2005, стр. 1.

појма права, и индивидуализам на којем се темељи овај појам. И ако бисмо резимирали феминистичку критику људских права, могли бисмо рећи да су људска права актуално права мушкараца, а држава их користи као средство контроле сексуалности.³⁵

Међутим, можда питање можемо поставити и на овај начин – како о њему размишља и Ајрис Јанг – какав концепт универзалности се нуди у друштву у којем су неке од група привилегиране док су остале потчињене, у којем се инсистира на томе да, као грађани, морају заменити властите склоности и искуства опћим стајалиштем – то служи једино даљњем утврђивању те привилегије; јер ће стајалишта и интереси привилегираних онда бити доминантни у таквој уједињеној јавности, маргинализирајући или ушуткавајући стајалишта и интересе осталих група.³⁶ Или, ако одемо и даље - зашто се жене “дефинишу као субјекти ван друштвених релација, уместо да се разматра на који су начин жене као жене конституисане управо путем структура (на пр. правне структуре, структуре сродства и сл.)”³⁷ Френсис Олсен, на пример, пише да дискурс права не може да реши друштвене конфликте, односно може само да послужи да их реформулише у некој апстрактној, коначној форми, односно, дискурс права не може да буде успешно одвојен од политике, морала и осталих активности људи, зато што је право интегрални део мреже социјалног живота.³⁸ И додали бисмо, од успона либералне мисли, и можда још од времена Платона и Аристотела, наше мишљење је структурирано око опозита: рационално/ирирационално; активно/пасивно, идеја/осећање; разум/емоција; култура/природа; моћ/сензибилност; објективно/субјективно; апстрактно/контекстуално, и принципијелно/персонализовано. Свака страна овог бинарног система има своје нормативне и дескриптивне елементе који се приписују мушкарцима и женама. У контексту дефинисања и класификовања људских и женских права, из различитих теоријских и социјалних перспектива, дуални модели се појављују као основа формирања идентитета мушкараца и жена.³⁹

Наравно да већина феминистичких правних теоретичарки сматра да људска права, као и право, одражавају мушко становиште одређено објективношћу, дистанцом и апстракцијом, или како то формулише Кетрин МекКинон:

35 Салецл, Рената, *Жене као симптом права*, “Женске Студије” бр.4/1996, стр. 17.

36 Young, Marion Iris, „Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship“, in: Phillips, Anne, ed., *Feminism and Politics*, Oxford University Press, New York, 2004, стр. 419.

37 Мохарти, Чандра, *Под погледом запада: феминистичко учење и колонијални дискурси*, “Трећи програм”, бр. 125-126/2005, стр. 186.

38 Olsen, Frances E., »Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective«, u: Olsen E. Frances, ed., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995, стр. 474 – 487.

39 оп. цит., стр. 474.

«Апстрактна права ће опуномоћити мушко искуство света» зато што «држава у делу кроз право институционализује мушку моћ. Ако је мушка моћ системска, онда је то начин владања.»⁴⁰ Дакле, ово би било поље које отвара могућност другачије перцепције социјалних релација жена и мушкараца и њиховог места у дискурсу и пракси права. Ре-визија дефиниционог оквира категорије људских права је пут да се открију друштвени разлози и правни принципи успостављања права жена. Можемо говорити, с обзиром на изнете констатације, о неколико концептуалних, суштинских разлога увођења категорије женских људских права у корпус универзалних људских права и »освајања« легитимног простора у међународном праву. То су, пре свега, културом обликоване различите родне улоге, речју, идеологија родних улога; затим, становиште да је дискриминација жена структурне природе; као и друштвена чињеница која указује како су облици и последице дискриминације изразито родно обележени и различити у односу на жене. Такође, постојеће норме права о људским правима не одражавају женске потребе и женско искуство; постојање разноврсне социјалне евиденције која показује како мушкарци и жене уживају права у њима доступном, односно, различитом обиму и на крају, наведени разлози указују на постојање видљивих индикатора међузависности структурне и институционалне дискриминације жена.

Унапређење људских права у савременим демократијама је веома широко прихваћен циљ, који по себи, даје усмерен и користан оквир трагања за начинима отклањања свих врста дискриминација, као и дискриминација с обзиром на род. »Проблем коме се треба окренути јесте како да мислимо универзалност људских права у односу на разлике и антагонизме који пресецају друштво. Једна од таквих разлика је полна разлика«⁴¹ У том смислу, процес концептуализације права жена захтева, да се специфична искуства жена морају додати »традиционалним приступима људским правима како би се жене учиниле видљивијима и како би се појам и пракса људских права у нашој култури трансформисали тако да се живот жена узме у обзир на бољи начин.«⁴² Кршења права повезана са родом била су значајно занемаривана и та област истраживања данас пружа највећи изазов на пољу људских права. Утолико је целисходна даља ре-визија концепта људских права кроз процес дефинисања права жена као људских права, имајући у виду »лајтмотив чињеницу« да је већина жена изложена различитим врстама угрожавања и онемогућавања права. »Велико је зло што су жене биле

40 MacKinnon, Catharine A., "Feminism, Marxism, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", in: Olsen E. Frances, ed., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995, стр. 93.

41 Салецл, Рената, *Жене као симптом права*, оп. цит. стр.23.

42 Банч, Шарлот, "Права жена као људска права: прилог ре-визији људских права", у: *Политике људских права*, "Београдски круг", 3-4/1995-1-2/1996, стр.174.

занемарене у потрази за слободом, једнакошћу и за оним и одвећ прецизно названим 'правима човјека'.⁴³

Приступ правима жена је и даље под утицајем социјалног и културног идентитета друштва и традиционалне представе о томе: шта је и шта није исправно за жене. Нажалост, парадигматичан однос према правима жена је да се још увек, као константа перцепције женских права у правној теорији и пракси, људска права сматрају важнијим од права жена.⁴⁴ Извесно је да курикулум људских права мора да изађе изван својих мушко дефинисаних норми, како би глобално одговорио на дискриминацију жена. То подразумева испитивање патријархалних предрасуда и признавање права жена као људских права.⁴⁵ Али, такође је важно са становишта »јавних вредности«, рационалности и демократског развоја, поставити и питање - да ли ће пораст друштвене рефлексивности, у контексту општег тока модернизације друштва, као околност да стално морамо да преиспитујемо ситуације у којима се одвија наш живот, променити друштвени положај жена и натерати државу да институционално контролише дискриминацију жена у свим сегментима друштва.

Литература:

Баденер, Елен, Једно је друго, Свјетлост, Сарајево, 1986.

Baines, Beverley and Rubio-Marin, Ruth, ed., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2005.

Банч, Шарлот, "Права жена као људска права: прилог ре-визији људских права", у: Политике људских права, "Београдски круг", 3-4/1995-1-2/1996.

Благојевић, Марина, Жене изван круга, Београд, Институт за социолошка истраживања Филозофског факултета у Београду, 1991.

Благојевић, Марина, "Дискриминација: неплаћено, потплаћено и потцењено", у: Благојевић, Марина, пр. Мапирање мизогиније у Србији: дискурси и праксе, Асоцијација за женску иницијативу, Београд, 2000.

Благојевић, Марина, "Мизогинија: Контекстуална и/или универзална", у: Полни стереотипи, Посебно издање 2, "Нова српска политичка мисао", 2002.

Бурдије, Пјер, Владавина мушкараца, ЦИД, Подгорица, 2001.

43 Phillips, Anne, *(O)Рађање Демократије*, Женска инфотека, Загреб, 2001, стр.12.

44 У Уједињеним нацијама *Комисија за људска права* има бољи статус у погледу саслушавања и истраживања односних случајева него *Комисија за статус жена* - има више особља, већи буџет и боље механизме за имплементирање својих налаза. Постоји дакле значајна разлика у погледу онога шта се може учинити ако се одређени случај сматра кршењем права жена, а не кршењем људских права. Видети детаљно у: Банч, Шарлот, оп.цит., стр. 178.

45 Између осталог, потребно је инсистирати у академским круговима, јавним и политичким институцијама на термину женска људска права; дакле, мислимо да су женска људска права - правна категорија, па се ради заштите тих права та терминологија мора увести и у правно обавезујуће документе.

- Бовоар, Симон де: Други пол И-ИИ, БИГЗ, Београд, 1982
- Giddens, Anthony, *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 1989.
- Gender Equality – Striving for Justice in an Unequal World, United Nations Research Institute for Social Development, 2005.
- Левинас, Емануел, »Људска права и добра воља«, у: Политике људских права, «Београдски круг», 3-4/1995-1-2/1996.
- MacKinnon, Catharine A., «Feminism, Marxism, and the State: Toward Feminist Jurisprudence», in: Olsen E. Frances, ed., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995
- Мохарти, Чандра, Под погледом запада: феминистичко учење и колонијални дискурси, «Трећи програм», бр. 125-126/2005.
- Morgan, Laurie A., Glass ceiling effect or cohort effect? A longitudinal study of the gender earnings gap for engineers, 1982 to 1989, »American Sociological Review«, Vo. 63/1998.
- Facio, A., Sandoval, R., and Morgan. M., «Gender Equality and International Human Rights in Costa Rican Constitutional Jurisprudence», in: Baines, Beverley and Rubio-Marin, Ruth, ed., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Olsen, Frances E., »Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective«, u: Olsen E. Frances, ed., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995.
- Olsen E. Frances, ed., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York, New York University Press, 1995.
- Pateman, Carol, *Ženski nered, Ženska infoteka*, Zagreb, 1998.
- Pincus, Fred L., «Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional and Structural», in: Adams, M., Blumenfeld, W., Castaneda, R., *Readings for Diversity and Social Justice*, Routledge, New York, 2000.
- Phillips, Anne, (O)Rađanje Demokracije, *Ženska infoteka*, Zagreb, 2001
- Rorti, Ričard, »Људска права, рационалност и sentimentalност«, у: Политике људских права, «Београдски круг», 3-4/1995-1-2/1996.
- Rosener, Judy B., »Leadership and the Paradox of Gender«, in: Walsh Roth, Mary, ed., *Women, Man and Gender – Ongoing Debates*, Yale University Press, New Haven 1997.
- Рорти, Ричард, »Људска права, рационалност и sentimentalност«, у: Политике људских права, «Београдски круг», 3-4/1995-1-2/1996.
- Ролс, Џон, »Закон народа«, у: Политике људских права, «Београдски круг», 3-4/1995. - 1-2/1996.
- Салецл, Рената, Жене као симптом права, «Женске Студије» бр.4/1996.
- Turner, Brajan S., ed., *The Cambridge Dictionary of Sociology*, Cambridge, University Press, 2006.
- Walsh Roth, Mary, ed. *Women, Man and Gender - Ongoing Debates*, Yale University Press, New Haven, 1997.

Young, M. Iris, "Five Faces of Oppression", in: Asumah, Seth and Johnston-Anumonwo, Ibipo, ed., *Diversity, Multiculturalism and Social Justice*, Global Publications Binghamton University, New York, 2002.

Young, M. Iris, "Five Faces of Oppression", in: Asumah, Seth and Johnston-Anumonwo, Ibipo, ed., *Diversity, Multiculturalism and Social Justice*, Global Publications Binghamton University, New York, 2002.

Young, Marion Iris, „Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship“, in: Phillips, Anne, Phillips, Anne, ed., *Feminism and Politics*, Oxford University Press, New York, 2004.

Natalija Žunić, MA

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Women Discrimination and Women's Human Rights

Summary

In this paper, the author explores the phenomenon and different levels of women discrimination in the context of conceptualization of women's human rights. Many theoretical debates involve the issues pertaining to women discrimination, particularly in terms of making it socially transparent and preventing this form of discrimination within the idea of women's rights and gender equality. The academic debates and the powerful influence of the women's movement have resulted in establishing and exercising women's human rights at different levels as an inseparable part of the universal regime of human rights.

Key words: *gender, women discrimination, human rights, women's human rights.*

ЗАЈЕДНИЧКО ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА¹

Апстракт: Институт заједничког вршења родитељског права након развода брака код нас је легализован 2005. године, тако да Србија спада у ред последњих европских земаља које су прихватиле идеју да развод прекида брачну заједницу супружника, али да они настављају уобичајене родитељске релације са дететом. Будући да нема дугу традицију, заједничко старање није у довољној мери афирмисано у пракси. Ипак, имајући у виду изузетну популарност и експанзију модела заједничког старања у упоредном праву, као и присуство презумпције о заједничком старању након развода у већини европских правних система, има основа за закључак да ће се родитељи у будућности, са упознавањем суштине и очигледних предности заједничког старања, све чешће опредељивати за ову форму старања.

Кључне речи: заједничко вршење родитељског права, развод брака, родитељи, деца, домаће право, упоредно право.

Увод

Традиционално је након развода брака родитељско право самостално вршио родитељ коме је дете поверено на чување и васпитање, док је други родитељ задржавао одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење. Концепт самосталног вршења родитељског права, међутим, није у складу са начелом правне једнакости и равноправности родитеља у односу на дете, с обзиром да фаворизује родитеља коме је дете поверено, тако да њему припада одлучујућа улога у сфери старања о детету, док је положај родитеља који не живи са дететом готово маргинализован, а у пракси се често своди на давање досуђеног износа издржавања и на повремено виђање са дететом. У том смислу, развод представља не само крај брака супружника, већ и крај реалне родитељске улоге родитеља који не врши родитељско право.

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

Како би се отклониле негативне последице самосталног старања, последњих година је све израженија тенденција проширења поља примене заједничког вршења родитељског права и на ситуације одвојеног живота родитеља. У контексту кризе традиционалног модела породице (састављене од супружника и њихове деце),² изразите брачне нестабилности и учесталости развода, а имајући у виду да је брак још увек, упркос наведеним негативним појавама, примарни оквир за рађање и подизање деце, од посебне је важности могућност настављања заједничког вршења родитељског права након развода, мада се овај модел старања са успехом може применити и у осталим ситуацијама одвојеног живота родитеља.³

Концепт заједничког вршења родитељског права базира се на идеји о подједнако важној улози оба родитеља за правилан психофизички развој детета, на принципу равноправности родитеља у односу на дете, као и на тежњи за очувањем везе између детета и родитеља са којим оно не живи у заједници. Заједничко вршење родитељског права, као правни облик старања о детету након развода, покушава да раздвоји односе родитеља као супружника и њихове односе као родитеља, при чему поремећени односи између супружника не значе аутоматски и промену правних родитељских односа. Овакво решење третира родитељство као специфичну и самосталну правну категорију, која не зависи од промене околности или промене у правном статусу родитеља, које су последица развода брака, чиме се имплицитно у центар родитељског односа поставља дете, а не родитељи.⁴

Заједничко вршење родитељског права након развода у свом остваривању неминовно подлеже извесним модификацијама у односу на базични модел примењив у потпуним породичним заједницама, али и у овој форми, у поређењу са самосталним вршењем родитељског права, пружа бројне погодности. Међутим, у ситуацијама константних конфликта између родитеља, овај облик старања губи смисао. Из тог разлога, заједничко вршење родитељског права није једини облик старања о деци после развода, већ паралелно са њим егзистира и самостално вршење родитељског права.

2 О кризи брака и породице и путевима за њено превазилажење видети: Н. D. Krause, Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all, Deutsches und Europäisches Familienrecht, Volume 2, Number 4/December, 2000, стр. 208-221, као и М. Младеновић, Да ли породица има будућност, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 545-559.

3 Заједничко вршење родитељског права је могуће и у ситуацијама фактичког прекида брачне заједнице, престанка ванбрачне заједнице, као и поништења брака у коме су рођена деца. Најзад, овај модел родитељског старања је остварив и у случајевима рођења ванбрачне деце из ad hoc ванбрачних веза. У свим наведеним ситуацијама је неопходан споразум родитеља о заједничком старању.

4 Г. Ковачек-Станић, Упоредно породично право, Нови Сад, 2002, стр. 260-261.

Заједничко вршење родитељског права након развода нема дугу традицију у нашем праву.⁵ Наиме, овај модел старања је легализован тек 2005. године, тако да Србија припада кругу последњих европских земаља које су прихватиле идеју да развод прекида брачну заједницу супружника, али да они настављају класичне родитељске релације са дететом. Поред тога, заједничко старање код нас није у довољној мери афирмисано у пракси. Ипак, имајући у виду изузетну популарност и експанзију модела заједничког старања у упоредном праву, као и присуство презумпције о заједничком старању након развода у већини европских правних система, за очекивати је да ће се родитељи у будућности, са упознавањем суштине и очигледних предности заједничког старања, све чешће опредељивати за ову форму старања.

У првом делу овог рада анализираћемо решења домаћег права у области заједничког вршења родитељског права, док ћемо у другом делу рада дати сумаран преглед нормативних решења која егзистирају у европском правном простору, будући да су нека од њих утицала и на нашег законодавца.

Заједничко вршење родитељског права након развода – домаће право

Позитивним законодавством је предвиђено да родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно и када не воде заједнички живот (дакле и када су разведени) ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је он у најбољем интересу детета. Овим споразумом родитељи се саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, које мора бити у најбољем интересу детета, а саставни део споразума јесте и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.⁶ Како заједничко старање захтева висок степен сарадње родитеља на плану одгајања детета, према актуелном решењу нашег права оно се заснива на принципу добровољности.

Дакле, у случају развода брака пожељно је да родитељи својим споразумом уреде начин остваривања родитељског старања, при чему се могу одредити за заједничко или самостално вршење родитељског права. У том смислу, уз предлог за споразумни развод супружници су дужни презентовати суду споразум о вршењу родитељског права над заједничком малолетном децом, који ће суд

⁵ Мада суд у време важења Закона о браку и породичним односима Србије („Службени гласник СРС“, бр. 22/1980, 11/1988, 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995 и 29/2001) формално није могао донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права, у теорији је изражен став да законом нису биле предвиђене правне препреке које би онемогућавале родитеље да у пракси постигну споразум о овом облику старања након развода. Опширније: О. Цвејић-Јанчић, Заједничко вршење родитељског права, Правни живот, бр. 9/1997, стр. 692.

⁶ Чл. 75 ст. 2 и чл. 76 Породичног закона Србије (ПЗ), „Службени гласник РС“, бр. 18/2005.

испитати и унети у изреку пресуде о разводу брака, ако процени да је у складу са најбољим интересом детета.⁷ Уколико је бракоразводна процедура иницирана тужбом, орган пред којим се спроводи посредовање ће настојати да супружници у поступку нагодбе постигну споразум о вршењу родитељског права.⁸ У одсуству споразума родитеља, суд ће сам регулисати питање вршење родитељског права, али је ограничен немогућношћу одређивања заједничког старања. Међутим, развод брака се неминовно рефлектује на остваривање родитељског права у пракси, изазивајући промене у овој сфери, које се разликују у зависности од модела родитељског старања који је одређен, при чему посебно треба имати у виду околност да разведени родитељи и када заједнички врше родитељско право то не чине на начин како су чинили током трајања брачне заједнице.

С обзиром да је реч о новом институту, заједничко вршење родитељског права још увек није доживело пуну афирмацију у пракси.⁹ Међутим, у упоредном праву ова форма родитељског старања ужива изузетну популарност.¹⁰ При том, све су бројнији системи у којима егзистира презумпција о заједничком вршењу родитељског права након развода, тако да је модел самосталног вршења овог права сведен готово на ранг изузетка.¹¹ У том контексту, сматрамо да ће се родитељи у будућности, са упознавањем очигледних предности заједничког старања, све чешће опредељивати за ову форму старања. Поред тога, имајући у виду еволуцију модела заједничког старања у упоредном праву, има основа за закључак да ће у догледно време презумпција о заједничком вршењу родитељског права након развода наћи своје место и у нашем правном систему.

Наиме, у домаћој научној и стручној јавности у току је процес профилисања идеје о једнаком третману родитеља без обзира на њихов статус. С тим у вези, све су гласнији захтеви у правцу пружања већих права родитељима који након развода не живе са својом децом, у циљу њиховог стимулисања да активно учествују у животу деце, да редовно одржавају личне односе и да извршавају

7 Чл. 40 и чл. 225 ст. 1 ПЗ.

8 Чл. 241 ст. 2 ПЗ.

9 Резултати истраживања које смо спровели у Општинском суду у Нишу на узорку од 298 предмета развода брака по споразуму супружника, правноснажно пресуђених у периоду од 1.7.2005. до 31.12.2008. године, показују да је опција заједничког вршења родитељског права прихваћена у свега 14 предмета (8,97%) са малолетном децом. Сматрамо да је овако низак проценат добрим делом последица неинформисаности родитеља када су у питању институти који су код нас по први пут регулисани Породичним законом.

10 Треба, међутим, напоменути да је и у земљама које су много пре нас увеле заједничко старање у почетној фази његове примене било пуно проблема, тако да је ова форма старања временом, пошто су уочене њене предности, стекла популарност и постала доминантан вид родитељства разведених родитеља. Опширније: L. Parkinson, *Child Custody Orders: A Legal Lottery?* Family Law, Volume 18, January 1988, стр. 26-30.

11 Примера ради, претпоставка о заједничком старању разведених родитеља егзистира у Немачкој, Шведској, Француској, Белгији, Холандији, као и у неким државама САД-а.

обавезе према њима. Претпоставка о заједничком вршењу родитељског права и у ситуацијама одвојеног живота родитеља је индикатор правне једнакости родитеља у односу на децу. У том смислу, Комисија¹², која тренутно ради на кодификацији домаћег грађанског права, у Трећој књизи Преднацрта Грађанског законика, посвећеној породичним односима и презентованој јавности јуна текуће године, уз постојеће законско решење које претпоставља писмени споразум родитеља о заједничком старању, алтернативно предлаже решење по коме би родитељи вршили родитељско право заједнички и споразумно, како када воде заједнички живот, тако и у случају одвојеног живота.¹³ По овом предлогу Комисије, родитељи би аутоматски наставили са заједничким старањем и након развода, док би у случају неспоразума родитеља о вршењу родитељског права након престанка потпуне породичне заједнице интервенисао суд својом одлуком, узимајући у обзир најбољи интерес детета.¹⁴ Могло би се, на први поглед, закључити да је овим отворен пут да суд донесе одлуку о заједничком старању и у случају неспоразума родитеља о форми родитељског старања, ако је то у интересу детета. Међутим, у ст. 2. чл. 94 је предвиђено да док суд не донесе одлуку о вршењу родитељског права, родитељско право самостално врши родитељ са којим дете живи, што указује на пресудан значај споразума родитеља о заједничком вршењу родитељског права, тако да одсуство овог споразума искључује могућност одређивања заједничког старања од стране суда.

Иако је брак пропао, дете несме изгубити породицу, јер је она најважнији ослонац у животу сваког човека. Од родитељске љубави и пажње зависи да ли ће дете у одраслом добу имати довољно самопоуздања, у којој мери ће бити успешно током процеса школовања, као и у спортским активностима, да ли ће бити у стању да оснује стабилну породицу. С тим у вези, од посебног је значаја настојање родитеља да наставе са заједничким старањем и након развода. Ипак, у литератури се наводи да конструкција заједничког старања потхрањује делимично илузорну представу о томе да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом, што често није у складу са реалношћу, с обзиром на присутну опасност да дете разводом изгуби контакт са једним родитељем.¹⁵

12 Препознавши неопходност кодификације грађанског права, Влада Републике Србије је током 2006. год. формирала Комисију за израду Грађанског законика, у чијем саставу су истакнути универзитетски професори и реномирани стручњаци у области грађанског права. Видети Одлуку о образовању Комисије за израду Грађанског законика, „Службени гласник РС“, бр. 104/06, 110/06 и 85/09.

13 Чл. 93 Треће књиге Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (у даљем тексту: Преднацрт), интернет презентација на сајту Министарства правде, <http://www.mpravde.gov.rs>.

14 Чл. 94 Преднацрта.

15 D. Schwab, Familienrecht, Verlag, C. H. Beck, München, 2008, стр. 155.

Заједничко вршење родитељског права у пракси има два појавна облика: заједничко правно старање (joint legal custody) и заједничко фактичко старање (physical joint custody). Заједничко правно старање обухвата споразумно одлучивање родитеља о свим питањима од битног значаја за дете, док заједничко фактичко старање подразумева да ће оба родитеља узети учешће у дневном старању о детету. Овакав концепт заједничког вршење родитељског права пружа родитељима могућност да начин остваривања заједничког старања прилагоде сопственој животној ситуацији. Дакле, бивши супружници споразумно уређују питање са ким ће дете живети, при чему се могу определити за опцију сталног живљења детета у дому једног родитеља, када ова ситуација има сличности са самосталним вршењем родитељског права, или за варијанту по којој би дете наизменично одређено време живело код мајке, а потом код оца. Међутим, у интересу правне сигурности и несметаног одвијања правног промета, неопходно је постићи споразум о пребивалишту детета. У пракси је, пак, пребивалиште детета показатељ фактичког старања о њему. Родитељ код кога дете нема пребивалиште суштински губи право да чува дете, односно уступа право чувања другом родитељу, док родитељ код кога је пребивалиште детета добија одлучујућу улогу не само у погледу чувања детета, већ и у вршењу других права из садржине родитељског права.¹⁶ Опција наизменичног становања детета код оба родитеља није тако честа у пракси, а може бити успешна само у специфичним ситуацијама.¹⁷ Исто тако, супружници се договарају и о издржавању детета, као и о одржавању личних односа, што би у пракси требало да доведе до чешћих контаката између детета и родитеља са којим оно не живи, тј. до контаката који нису строго дефинисани у погледу њиховог распореда, учесталости и трајања.¹⁸

¹⁶ Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*, Нови Сад, 2007, стр. 315.

¹⁷ Психолози саветују да дете има један дом, уз повремене посете другог родитеља у дому у коме он живи. Потреба за животом у једном простору условљена је тежњом за стабилношћу. Са друге стране, упркос распрострањеном мишљењу да ће на дете деловати узнемирујуће ситуација у којој живи у два дома, искуства Шведске, која је један од пионира на плану увођења заједничког старања, то демантују. Опширније: Г. Ковачек-Станић, *О родитељском праву у теорији и пракси Шведске*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1990, стр. 123.

¹⁸ Студија J. Wallerstein i S. B. Corbin указује на неке од тешкоћа са којима се суочавају деца над којима родитељи имају заједничко физичко старање. Наиме, деца желе да буду коректна према оба родитеља и подједнако посвећена и једном и другом родитељу. Стога су често у дилеми када треба да изврше избор или донесу неку одлуку, тешко им пада живот у два дома, што сматрају непрактичним и понекад тешким. Поједина деца старости изнад 10 год. се осећају анксиозно и конфузно, јер не знају где је заправо њихово место. Поред тога, тинејџери су заокупљени активностима које их чине мање зависним од родитеља, тако да им је циркулација од једног до другог родитељског дома превише напорна. При том, да ли ће овај облик старања бити прихватљив зависи од много фактора, као што су: темперамент детета, његов узраст, удаљеност домова у којима живе родитељи и сл. Исто тако, са одрастањем

С обзиром да популацију Србије не карактерише превелика мобилност, односно да промене пребивалишта нису тако честе, модел заједничког вршења родитељског права добија на актуелности, мада се у овом тренутку родитељи ретко опредељују за ову форму старања. При том је, у зависности од конкретне животне ситуације, оствариво како правно, тако и фактичко заједничко старање. Наиме, уколико супружници живе у истом граду, нема значајнијих препрека у правцу заједничког вршења родитељског права. Штавише, услед тешке економске ситуације разведени супружници често нису у могућности да адекватно реше стамбено питање, тако да настављају живот у заједничком стану или кући и након развода. Како у овој ситуацији нема просторне дистанце између деце и родитеља, организација породичног живота не трпи значајније измене, тако да родитељи могу несметано наставити да се заједнички старају о деци.

Могућност заједничког и споразумног одлучивања о питањима од битног значаја за дете, поред изузетних погодности, носи са собом опасност од настанка сукоба између разведених родитеља, који неће увек имати исти став по одређеном питању од битног значаја за дете, с обзиром да и у току трајања брака нису ретки случајеви размимоилажења супружника, а ова опасност је присутнија уколико су у питању разведени супружници, чије односе често карактерише мање изражена спремност за дијалог, нижи степен толеранције, смањена флексибилност и неспремност да се прихвати гледиште друге стране, које је можда реалније и прихватљивије за дете.¹⁹ Иако конфликт може бити јаког интензитета и на први поглед нерешив, уз посредовање одговарајућих стручних лица и служби може бити разрешен изналажењем решења које је прихватљиво за оба родитеља.

Међутим, Породични закон не предвиђа опцију обраћања надлежном органу, чији би задатак био да допринесе решавању конфликта родитеља у вези неког питања од битног значаја за дете. Наиме, уколико разведени супружници нису у стању да постигну споразум о питању од изузетне важности за дете, не постоји могућност изношења проблема пред неки орган (нпр. орган старатељства или суд), већ је једина алтернатива обраћање суду са захтевом да се заједничко вршење родитељског права трансформише у самостално, при чему је можда реч о пролазним несугласицама разведених супружника, које се лако могу решити уз помоћ стручњака одређених профила.

се могу променити потребе детета, тј. његове потребе могу еволуирати, тако да више нису идентичне онима у време развода, што изискује промену модела родитељског старања. Видети: J. Wallerstein, S. B. Corbin, *Father – Child Relationships after Divorce: Child Support and Educational Opportunity*, *Family Law Quarterly*, 1986, 20 (2), стр. 30.

¹⁹ На пример, сукоб може настати око вероисповести детета, уколико родитељи искажу жељу да дете од најранијег детињства васпитавају у духу религије којој и сами припадају, при чему родитељи могу упражњавати различите религије, а може се десити и да је један родитељ атеиста који се оштро противи васпитавању детета у религијском духу.

Са једне стране, немогућност договарања имплицира неспремност родитеља да остваре задовољавајући ниво сарадње у сфери старања о детету, што изискује и оправдава досуђивање самосталног старања. Са друге стране, чини нам се да оваквим решењем наш законодавац олако одустаје од заједничког старања које има и значајних предности. Стога је постојеће решење преоштро, јер се при појави првих проблема у реализацији заједничког старања прибегава његовом укидању, при чему се не води довољно рачуна о значају ове форме родитељског старања, како за дете тако и за родитеље. У том смислу сматрамо да би било пожељно предвидети механизме и поступке за превазилажење сукоба родитеља у домену постизања споразума о питањима од битног значаја за дете, док би обраћања суду у циљу измене одлуке о вршењу родитељског права било могуће, уколико напори на плану разрешења неспоразума родитеља не резултирају конструктивним решењем.

С тим у вези, Комисија за израду Грађанског законика је уочила неадекватност постојећег решења, тако да је у Преднацрту дала алтернативни предлог, по коме у случају несагласности родитеља о неком питању заједничког вршења права, одлуку доноси орган старатељства или суд.²⁰ Међутим, сматрамо да би било адекватније предвидети могућност обраћања органу старатељства, који би посредовао између родитеља у циљу изналажења оптималног решења, при чему орган старатељства не би могао сам да донесе одлуку о спорном питању, ако у том погледу нема сагласности родитеља. Дакле, активност стручних лица органа старатељства била би усмерена на омогућавање дијалога између родитеља и стварање услова за изналажење решења које би било прихватљиво за обе стране. Наметање решења може изазвати незадовољство родитеља и продубити конфликт који постоји међу њима, уз истовремено смањење могућности дијалога, при чему је дискутабилно да ли би родитељи у таквим околностима били у могућности да наставе са заједничким старањем, што чини реалним обраћање суду са захтевом да се заједничко вршење родитељског права трансформише у самостално.

Заједничко вршење родитељског права након развода - упоредноправни приказ

Већина упоредних правних система познаје заједничко вршење родитељског права након развода, али га регулише на различите начине. Наиме, у неким легислативама је присутно законско првенство заједничког старања, односно претпоставља се да је заједничко старање у најбољем интересу детета, тако да ће суд одлучивати о форми старања и досудити самостално старање само ако постоји захтев родитеља у том смислу, док је у другим законодавствима овај облик старања условљен споразумом родитеља, тако да у недостатку овог споразума суд не може одредити заједничко старање.

²⁰ Чл. 97 Преднацрта.

Швајцарска је дуго одолевала тренду ширења заједничког вршења родитељског права по престанку брака разводом. Међутим, изразите предности ове форме старања, као и константни захтеви у правцу њене легализације, резултирали су увођењем заједничке родитељске власти и у правни систем Швајцарске. Наиме, заједничко старање је најпре егзистирало у судској пракси, да би своје законско уобличење добило реформом Грађанског законика из 1998. године, чиме се Швајцарска сврстала у ред последњих европских земаља које су прихватиле идеју да развод прекида брачну заједницу супружника, али да они настављају устаљене родитељске релације са дететом.²¹ Међутим, не постоји претпоставка о заједничкој родитељској власти, већ суд може досудити овај облик старања ако супружници то захтевају, ако су постигли споразум о свим аспектима будућег старања (расподела бриге о детету и подели трошкова његовог издржавања) и ако суд процени да је заједничка родитељска власт у најбољем интересу детета.²² При одлучивању о форми родитељског старања, суд је дужан узети у обзир заједнички захтев родитеља, као и мишљење детета о овом питању.

Заједничко старање, као редовни модел вршења родитељске власти након развода, уведено је у правни систем Француске 1993. године, док је Законом о родитељској власти од 4. марта 2002. године дефинисано као уобичајени начин вршења родитељске власти разведених супружника, тако да се данас самостално старање може одредити само изузетно, тј. када заједничко старање није у најбољем интересу детета.²³ Родитељи треба да постигну споразум о боравишту детета (*residence habituelle*), а ако га не постигну или ако он није у интересу детета суд ће сам одредити његово боравиште, при чему је могуће да дете наизменично борави и код оца и код мајке, када ће оба родитеља имати и фактичко старање о њему.

Заједничко старање након развода брака је у Немачкој било експлицитно забрањено пар. 1671/4/1 све до ревизије Грађанског законика 1998. године, али су у пракси, након што је Савезни уставни суд 1982. године прогласио неуставном

21 У пракси швајцарских судова пре реформе из 1998. године, упркос постојању изричите и недвосмислене законске одредбе која је предвиђала искључиво самосталну родитељску власт, било је одлука о одређивању заједничке родитељске власти након развода, што је условило реакцију Савезног суда у правцу сузбијања овакве праксе. Поред тога, родитељи су, по савету својих адвоката, често прибегавали састављању ванправних споразума о заједничкој родитељској власти, што је указивало на велику заинтересованост бивших брачних партнера за овај облик старања о деци. Видети: Н. Hausheer, Т. Geiser, R. E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, стр. 152.

22 Чл. 133 Швајцарског грађанског законика, (*Zivilgesetzbuch - ZGB*), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/21.html>.

23 Чл. 373 ст. 2 Француског грађанског законика (*Code civil – Cc*), <http://www.legifrance.gouv.fr>.

ову одредбу, судови досуђивали заједничко старање, мада ретко и са посебним опрезом. По позитивном немачком законодавству, родитељи настављају да заједнички врше родитељско право и након развода, али сваки од родитеља може тражити од породичног суда да му досуди самостално старање, при чему суд мора усвојити захтев ако у том погледу постоји сагласност другог родитеља и детета старијег од 14 година, као и ако је конституисање самосталног старања од стране подносиоца захтева у најбољем интересу детета.²⁴ Ако разведеним родитељима припада заједничко старање, у обавези су да постигну сагласност око питања од битног значаја за дете и да у вези ових питања иступају заједно у правном промету, док свакодневне одлуке доноси родитељ са којим дете живи тј. код кога је пребивалиште детета.²⁵ Статистички подаци показују да заједничко старање разведених родитеља у пракси ужива велику популарност.²⁶

У Холандији је од 1998. године правило да родитељи заједно врше родитељско право и после развода, јер се претпоставља да је овај облик старања у најбољем интересу детета. Пре реформе суд је одређивао заједничко старање на захтев родитеља, при чему је ова могућност легализована 1993. године, док су раније холандски судови досуђивали заједничко старање непосредном применом чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Самостално старање ће бити одређено ако родитељи то захтевају, при чему захтев за трансферисање родитељског старања мора бити образложен, како би суд могао стећи уверење да је самостално старање у датом случају у најбољем интересу детета.²⁷ У сфери вршења родитељског права примењује се принцип минималне интервенције, тако да ће суд одлучивати о форми старања само ако супружници то захтевају, при чему ће споразум родитеља о фактичком старању о деци, њиховом издржавању и начину одржавања личних контаката бити унет у одлуку суда о разводу брака уз минималну проверу са становишта заштите интереса деце.²⁸

24 Пар. 1671 Немачког грађанског законика (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb>.

25 Пар. 1687/1/1 BGB.

26 Примера ради, током 2000. године заједничко вршење родитељског права одређено је у 75,54% бракоразводних предмета са малолетном децом. При том, родитељи су постигли споразум о овој форми старања у 69,35% предмета, док је у 6,19% случајева заједничко старање одређено од стране суда. Исте године, самостално родитељско право досуђено је у 23,14% случајева, при чему је поверено мајци у 21,62% предмета, а оцу у свега 1,52% предмета развода брака. Наведено према: N. Dethloff, D. Martiny, Parental Responsibilities, National Report, Germany, стр. 22-23, интернет презентација на сајту Комисије за Европско породично право (Commission on European Family Law – CEFL), <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

27 Чл. 251 ст. 2 I књиге Холандског грађанског законика (Burgerlijk Wetboek – BW), <http://www.wetboek=online.nl/wet/BW1.html>.

28 C. Forder, *Re-thinking Marriage, Parenthood and Adoption*, The International Survey of Family Law, A. Bainham (ed.), The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, стр. 368.

Према позитивном белгијском праву, родитељска власт припада родитељима који се заједнички старају о детету, без обзира да ли живе заједно или одвојено. То значи да родитељи настављају заједничко старање и након развода, док ће суд одлучивати о облику старања само ако је истакнут захтев од стране родитеља или јавног тужиоца, када може поверити вршење родитељске власти једном родитељу.²⁹ Иако се након развода наставља заједничко старање, од родитеља се захтева да уреде појединости старања о личности и имовини детета. Законодавство је конституисало основни, базични модел заједничког старања, при чему природа релација између родитеља као партнера не утиче на квалитет и форму испољавања родитељске одговорности. Овакво одређење законодавца потврдио је и белгијски Уставни суд у низу својих одлука.

Руско право промовише принцип равноправности родитеља у односу на децу, тако да родитељи заједнички врше родитељска права и дужности независно од тога да ли живе у заједници са њима.³⁰ Родитељи су превасходно одговорни за одгој, васпитање и развој своје деце, без обзира да ли живе заједно или одвојено, тако да родитељска одговорност разведених родитеља формално остаје иста. Међутим, родитељи најпре треба да одлуче код кога ће дете имати пребивалиште, а затим да уреде начин одржавања личних односа са родитељем са којим неће живети и висину доприноса за издржавање које ће морати да даје родитељ који не живи са дететом. Руски законодавац, дакле, посебну пажњу поклања правном положају родитеља који не живи са дететом, при чему овом родитељу признаје право на личне односе са дететом, право да учествује у доношењу одлука о дететовом образовању.³¹ Поред тога, овај родитељ има право да добије све релевантне информације о детету од одређених субјеката. Приликом одлучивања о томе где ће дете живети родитељи су дужни да се руководе најбољим интересом детета, узимајући у обзир и његове жеље, а истим критеријумом ће се руководити и судија при испитивању споразума родитеља о овом питању. Уколико родитељи нису у могућности да постигну споразум о начину остваривања родитељског старања, као и ако постигнути споразум није у интересу детета, одлуку о томе доноси суд.³² У пракси је приметна тенденција да судије споразуме родитеља о практичној реализацији родитељског старања подвргавају маргиналним испитивањима или их прихватају без било каквих провера.³³ Када су у питању

29 Чл. 374 Белгијског грађанског законика (Burgerlijk Wetboek), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl.

30 Чл. 61 Породичног кодекса Русије, Семейный кодекс и брачный договор, Социальная защита, выпуск 5/1996.

31 Чл. 66 Породичног кодекса Русије.

32 Чл. 24 Породичног кодекса Русије.

33 М. Antokolskaia, Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report, Russia, стр. 17, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

опције дететовог боравишта, судија треба на једнак начин да третира оба родитеља, међутим, у стварности у више од 90% случајева дете након развода живи са мајком.³⁴

У шведском праву важи претпоставка о заједничком родитељском старању након развода, али се у пракси може јавити потреба за одређивањем самосталног старања.³⁵ Суд ће у пресуди о разводу брака подсетити родитеље да они задржавају заједничко старање о деци. Одлука о укидању заједничког старања може се донети након пажљивог и свестраног разматрања околности случаја.³⁶ Пожељно је да родитељи закључе писмени споразум о свим аспектима родитељског старања, који треба да одобри општински савет за социјална питања. Споразумом родитеља се одређује форма родитељског старања, пребивалиште детета, висина доприноса за издржавање детета, као и начин одржавања личних односа детета и родитеља са којим оно неће живети. Посебно се има у виду потреба детета да након развода одржи контакт са оба родитеља, што се обезбеђује адекватним аранжманом о начину одржавања личних односа. С обзиром да егзистира презумпција о заједничком старању, суд ће одлучивати о родитељском праву уколико је у том погледу истакнут захтев, што имплицира непостојање сагласности родитеља о заједничком старању. Првобитно, суд није могао одредити заједничко старање противно вољи једног родитеља, али је законским изменама из 1998. године и то допуштено, мада се ова могућност ретко користи. У шведској бракоразводној пракси заједничко старање ужива велику популарност, тако да је самостално старање сведено на ранг изузетка.³⁷

Закључак

Заједничко вршење родитељског права представља адекватну форму родитељског старања након развода, уколико су родитељи у стању да превазиђу узајамни анимозитет и да разреше конфликте који постоје међу њима, а који су

34 М. Antokolskaia, Parental Responsibilities, National Report, Russia, стр. 15, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

35 Чл. 3 ст. 2 Шестог дела Закона о родитељима и деци, <http://www.sweden.gov>.

36 Парламент Шведске је изразио мишљење да се заједничко старање након развода може преобратити у самостално по захтеву једног родитеља ако се други родитељ насилно понаша, односно ако предузима радње узнемиравања или друге недопуштене радње према члановима породице. Наведено према извештају шведског Министарства правде no. Ju 98.02e, децембар 1998., интернет презентација на адреси: www.regeringen.se

37 Према статистичким подацима за 2002. годину, у Шведској родитељи заједнички врше родитељско право над 23512 деце (97%), мајке самостално врше родитељско право над 759 деце (3%), док очеви самостално врше ово право над 104 деце (0,4%). Упркос великој популарности заједничког старања, деца наизменично живе код оба родитеља у свега 17% случајева, с обзиром да физичко старање о деци најчешће припада мајкама (83%). Наведено према: М. Jänterä-Jareborg, А. Singer, С. Sörgjerd, Parental Responsibilities, National Report, Sweden, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>, стр.14.

резултирали разводом брака. Оно отклања негативне последице самосталног вршења родитељског права, с обзиром да бивши супружници и након развода имају једнак правни положај, тако да су заједно одговорни за подизање детета. Код заједничког старања родитељи сва права и дужности из садржине родитељског права врше заједнички и међусобним договарањем, док физичко старање о детету у већини случајева припада једном родитељу, мада је могућа и опција наизменичног становања детета код оба родитеља, када ће и непосредно старање о детету имати оба родитеља.

Позитивни ефекти заједничког вршења родитељског права рефлектују се на све учеснике родитељскоправног односа. Родитељ који након развода не живи са дететом, по правилу, страхује да ће просторна дистанца довести до губитка детета. У том контексту, заједничко старање ће имати позитиван психолошки ефекат на овог родитеља, стимулисаће га да интензивно учествује у животу детета и мотивисаће га да савесно извршава све своје обавезе према детету. Истовремено, дете преко заједничког старања задржава блиске релације са оба родитеља, што доприноси његовом уверењу да му припада посебно место у животу оба родитеља и да је подједнако вољено од стране оба родитеља. Најзад, родитељи су равномерније оптерећени обавезама око подизања детета, што је од посебног значаја за родитеља са којим дете живи.

У европском правном простору заједничко старање после развода брака ужива изузетну популарност. При том, све су бројнији системи у којима егзистира презумпција о заједничком вршењу родитељског права, тако да је модел самосталног вршења овог права сведен готово на ранг изузетка. Код нас, међутим, овај облик родитељства разведених родитеља, будући да је тек недавно легализован, није у довољној мери афирмисан у пракси. Ипак, са упознавањем изразитих предности заједничког старања, реално је очекивати да ће се родитељи све чешће опредељивати за ову форму старања. Поред тога, имајући у виду еволуцију модела заједничког старања у упоредном праву, има основа за закључак да ће у догледно време презумпција о заједничком вршењу родитељског права након развода наћи своје место и у нашем правном систему.

Tanja Kitanović, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

JOINT EXERCISE OF PARENTAL RIGHTS AFTER DIVORCE

Summary

The institute of joint parental rights after divorce was recognized in the Serbian family legislation in 2005. The Republic of Serbia was among the last European countries to officially acknowledge the concept that, although divorce brings about a final dissolution of the matrimonial community, it does not release the spouses of their common parental responsibilities nor does it end their parental relations with the child. Given the fact that this institute does not have a long tradition in the national legislation, joint custody has not received sufficient affirmation in practice. Yet, considering the huge popularity and expansion of the joint custody model in the comparative law as well as the fact that most European countries have incorporated the presumption of joint parental responsibilities after divorce into their legal systems, there is ground to conclude that the parents are more likely to be prone to choosing this type of custody, once they get acquainted with the essence and the most obvious benefits of joint custody.

Key words: joint exercise of parental rights, divorce, parents, children, domestic law, comparative law.

ПРИНЦИП СУПСИДИЈАНОСТИ КАО РУКОВОДНО НАЧЕЛО ПРИ ОДРЕЂИВАЊУ ПОСЛОВА ЈЕДИНИЦА ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈЕ¹

Анстракт: Аутор у раду анализира супсидијарност као основни принцип децентрализације који значи да сваки јавни посао који може да се обави квалитетно на локалном нивоу (односно на нивоу најближем грађанима) да на том нивоу и треба да буде обављен. Примена овог принципа при расподели надлежности налаже да се надлежности свих других нивоа власти утврђују методом енумерације (таксативним набрајањем). Концепција и принцип супсидијарности подразумева примат појединца и нижих нивоа власти. Своје правно утемељење има у ЕПЛС чл. 4. ст 3. Овај принцип подиже капацитет локалних институција и у „симбиози“ је са начелом солидарности и одговорности. Аутор сматра да се овај принцип може тумачити двозначно – у “дефанзивном” и у “офанзивном” смислу. Протагонисти аутономије локалних, регионалних или федералних јединица власти у њему виде заштиту од пренаглашене интервенције централних власти а, с друге стране, присталицама ефикасне заштите интереса целине политичке заједнице, принцип супсидијарности пружа основ за политички избор циљева и референтно ширење поља надлежности централног правног поретка.

Кључне речи: супсидијарност, јединица децентрализације, изворни послови, Европска повеља о локалној самоуправи.

1. Увод

Пронаћи тачку разликовања између државних и децентрализованих послова, који се морају обављати на подручном нивоу од стране јединица децентрализације, представља „поенту“ децентрализације. А. де Токвил је то имао у виду када је својевремено написао да су неки интереси заједнички за све

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

делове земље и све њене држављане, а да други то нису. Подручни интереси су „јачи“ од приватних, али „слабији“ од националних. Њихово постојање помиње се у великом броју текстова, почевши од устава па надаље.² Концепт подручних послова такође служи као ограничење преко којег јединице децентрализације не могу да делују законито.

Концепт локалних послова није нов и вероватно је стар колико и човечанство. Једном када је нека заједница формирана, било да је то племе, клан, породица или град, она тражи да се разликује од других група са којима одржава нејасне односе размене и ривалства. Одржавање њене специфичности услов је њеног опстанка.

Међутим, морамо имати на уму да се и децентрализовани послови врше у националном интересу, што појам децентрализованих послова чини у бити противречним. Дакле, адекватно обављање надлежности јединица децентрализације није само у интересу њених становника, већ је и у интересу целе државе. И обрнуто, успостављање аутопута или нуклеарне електране на територији јединице децентрализације не зависи од сагласности њених грађана, или њихових изабраних представника, јер, како је писао **Беноа**, „ако би све што утиче на локално становништво требало да буде одлучено на локалном нивоу, то би довело у питање цео наш политички систем и до смрти државе и појма општег интереса.“³ То је илустровано и чињеницом да се вршење локалних послова може привремено преузети од стране органа државне управе уколико се њиховим необављањем угрожава функционисање управног система државе.

Друго, неки управни послови су временом добијали на значају и од подручних постајали национални (на пример „одбрана“, која је у феудалним друштвима била „локалног“ значаја), па чак и интернационални, уколико су их државе преносиле на неке шире колективитете.

То значи да све што се тиче територија јединица децентрализације не представља *ipso facto* „случај“ посла изворне надлежности. Са друге стране, принцип „локалности“ неке децентрализоване функције лимитира и законодавца приликом регулисања одређених материја „локалног“ карактера. Такође, треба имати на уму да пренос надлежности аутоматски чини доступним кориснику сву покретну и непокретну имовину која се користи за вршење те надлежности.

Дакле, послови јединица децентрализације се никада не могу анализирати самостално, већ увек у контексту њиховог односа са надлежностима централних или регионалних органа, нарочито зато што се у пракси врло често јавља подела овлашћења између више различитих нивоа власти.

Функције јединица децентрализације се зато могу у потпуности дефинисати само уколико се доведу у везу са предметом на који се односе, као

2 **П. Димитријевић**, „Јавни интерес и локална самоуправа“, у: *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва, 2000, стр. 143-149.

3 **D. Turpin**, *Droit de la Decentralization. Principes, Institutions, Compétences*, ..., p. 17.

и средствима потребним за њихово извршавање, те носиоцима овлашћења за обављање посла. Децентрализација је, како то Французи воле да кажу, мерило слободе, при чему је степен слободе у директној корелацији са садржином пренетих овлашћења и ресурсима за њихово остваривање. Ако јединица децентрализације нема одговараћа овлашћења, или пак средства за њихово вршење, онда је она само подручна јединица централних органа власти - не носилац овлашћења већ извршилац задатака. За друге стране, задатак је правног система да постави границе овој слободи јер јединице децентрализације нису и не могу бити изоловане. Суштина децентрализованих функција на тај начин произлази из општег закона о децентрализованим јединицама и из бројних секторских закона који регулишу материју локалних функција у релевантним секторским областима.

Разлози који опредељују карактер појединих управних јавних послова као подручних могу бити управнотехничке и политичкоинтересне природе. Први, управнотехнички разлози, због којих се поједини послови сврставају у делокруг јединица децентрализације су: близина корисника, природа предмета рада, локално условљене потребе, потреба за диференцијацијом приликом регулисања одређене делатности и средства потребна за њихово обављање. Политичкоинтересни разлози су: специфичност одређених локалних интереса, децентрализација као интерес централне власти, веће учешће грађана и јачање подручне аутономије да би јединица децентрализације могла бити противтежа средишњој власти.⁴ У ову групу разлога поједини аутори сврставају и принцип супсидијарности.

Принцип супсидијарности је основни принцип децентрализације који у ужем смислу значи да сваки јавни посао који може да се обави квалитетно на локалном нивоу (односно на нивоу најближем грађанима) на том нивоу и треба да буде обављен. Примена овог принципа приликом расподеле надлежности налаже да се, у начелу, надлежности свих других нивоа власти утврђују методом енумерације (таксативним набрајањем). Појам и садржина принципа супсидијарности подразумевају примат појединца и нижих нивоа власти. Своје правно утемељење овај принцип има у одредбама чл. 4. ст 3. Европске повеље о локалној самоуправи. Када је у питању однос наднационалних интеграција и држава чланица, на поменути принцип наилазимо и у Уговору Европске заједнице и његовим каснијим верзијама.⁵

Принцип супсидијарности подиже капацитет локалних институција и у „симбиози“ је са начелом солидарности и одговорности. Може се тумачити двозначно – у „дефанзивном“ и у „офанзивном“ смислу. Протагонисти аутономије локалних, регионалних или федералних јединица власти у њему

4 В.: **Б. Милосављевић**, *Систем локалне самоуправе у Србији*, Београд, 2005, стр. 29.

5 **V. Constantinesco**, „La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne“, *Swiss Review of International Economic Relations*, October 1991, Zurich, p. 209.

виде заштиту од пренаглашене интервенције централних власти а, с друге стране, присталицама ефикасне заштите интереса целине политичке заједнице, принцип супсидијарности пружа основ за политички избор циљева и референтно ширење поља надлежности централног правног поретка.⁶

2. Појам супсидијарности

Данас се *појам супсидијарности* врло често користи, иако у различитим контекстима и са различитим значењима.⁷ Међутим, упркос његовој савременој популарности, његово постојање датира још од времена Аристотела.⁸ Појам супсидијарности смешта појединца у центар управног система, што је обележје већине западних школа мишљења.

Основна идеја у основи принципа супсидијарности је постулат да држава треба да интервенише у ситуацији у којој друштво и његове делови, од појединца преко породице, па до јединица децентрализације и других, већих институција, нису били у стању да задовоље сопствене потребе. Супсидијарност је дакле *организациони принцип* и примењује се прво на однос између појединца и друштва, а затим и на однос између друштва и државе.

Многи сматрају да је овај принцип најбоље формулисан у енциклици Папе Пија XI из 1931. године, који је, надовезујући се на Алтузијусова учења, сматрао да се овлашћење да поступа на своју сопствену иницијативу и сопственим средствима не сме одузети од народа и пренети на државу, јер би се тиме озбиљно нарушио друштвени поредак (одузимањем и преношењем на шире и више ентитете оних функција које људи могу самостално да обављају). Природна сврха сваке друштвене интервенције јесте да помогне члановима друштва, а не да их уништи или апсорбује.⁹

Прво значење појма супсидијарности асоцира на појам *супституције*, означавајући тако нешто споредно, помоћно, од мањег значаја. То значи да виши орган, а пре свега држава, интервенише само у мери у којој је нижи орган (или појединац) показао своју неспособност. Ово значење је основа „принципа немешања“ власти и, у најмању руку, претпоставља дефинисање услова у којима се његова примена може сматрати легитимном или пожељном. Принцип супсидијарности је стога најпре *принцип ненормативног ограничења власти*.

6 **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity (Report Prepared for the Steering Committee on Local and Regional Authorities – CDLR)*, Strasbourg, 1994.

7 Један немачки аутор је издвојио више од двадесет различитих приступа у дефинисању овог принципа. **H Kalkbrenner**, „Die Rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiariätsprinzips“, у: **H. Hablitzel/M. Wollenschläger** (Hrsg.), *Recht und Staat*, Berlin, 1972, p. 518. (према: **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity...*, p. 11)

8 **C. Millon-Delsol**, *L'état subsidiaire*, Paris, 1992, 227 p. (према: **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity...*, p. 7)

9 **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity ...*, p. 9-10.

Уместо да дефинише норму, принцип супсидијарности означава тенденцију. Он оставља отвореним конкретне услове сопствене примене и због тога може варирати у зависности од околности, времена и места.

Принцип супсидијарности у себи садржи и елемент *помоћи* (subsidium) и извесну конотацију интервенције, и то не као право вишег органа управе да интервенише, већ као *обавезу* да то под одређеним условима учини, подстичући на тај начин самосталност и развијајући капацитете нижих јединица до максимума.¹⁰

Такође, у студији о дефиницији и границама принципа супсидијарности, **Ален Делкам** (Alain Delcamp) наводи да ни у једној од анализираних држава, осим у неколико веома специфичних области (одбрана и монетарна политика) овлашћење није додељено искључиво и у целини само једном нивоу власти. Фактори који иду у прилог успостављања сарадње између различитих нивоа власти су бројнији (иако се експлицитно не појављују у законским текстовима) од оних у који су у корист потпуне аутономије различитих нивоа. Дакле, резултат примене принципа супсидијарности је, нарочито када су јединице децентрализације у питању, *висок степен сложености и кооперације* у систему.¹¹

Иако појам супсидијарности сви декларативно одобравају, његова практична примена изазива низ проблема. Прво, политичари немају исту дефиницију супсидијарности и не слажу се о критеријумима које треба применити да би се овај принцип операционализовао. Као што смо већ рекли, овај појам се може тумачити двозначно – у „дефанзивном“ и у „офанзивном“ смислу. Протагонисти аутономије локалних, регионалних или федералних јединица власти у њему виде заштиту од пренаглашене интервенције централних власти а, с друге стране, присталицама ефикасне заштите интереса целине политичке заједнице, принцип супсидијарности пружа основ за политички избор циљева и референтно ширење поља надлежности централног правног поретка.

Када су у питању правна садржина принципа супсидијарности и „образац“ поделе надлежности између централне државе и јединица децентрализације, њих је врло тешко одредити на једном универзалном плану. Разлози за тако нешто леже у сложености савремених управних система и несумњивом постојању тенденције ка диверзификацији управних институција и организација. Потом, као што смо већ истакли, принцип супсидијарности је динамичан принцип, због чега не може бити изражен превише крутим параметрима правних норми. Такође, сваки систем поделе власти треба као коректив да има принцип да све територијалне власти, чак и оне на истом нивоу, не морају да имају исте надлежности, јер је немогуће да се унапред обезбеди расподела одговарајућих

¹⁰ **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity ...*, p. 11.

¹¹ **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity ...*, p. 17.

финансијских и људских ресурса између различитих нивоа на потпуно исти начин.¹²

Што се тиче интензитета државног деловања, оно треба бити засновано на принципу пропорционалности, тако да би, прво, требало да буде изабран приступ који оставља највећу слободу јединицама децентрализације; друго, уколико је деловање неопходно, претерана регулатива се треба избегавати; и треће, приликом државне регулације приоритет треба дати јасном и концизном језичком изражавању. Тамо где се процени да је потребна одговарајућа државна акција, тј. мешање у изворне надлежности јединица децентрализације, прво ће се применити одговарајуће мере па онда размотрити преузимање одређене надлежности локалне јединице од стране државе.

Примена принципа супсидијарности подразумева и **већу флексибилност** која се може остварити на неколико начина.

Већа флексибилност подразумева већу примену **уговорног** приступа, насупрот чисто хијерархијског, надзорног приступа, уз спречавање злоупотребе уговора од стране јаче уговорне стране (централне државне власти). Уговором треба омогућити пренос јавних послова у складу са стварним ситуацијама и потребама јединица децентрализације, и уз придржавање критеријума одговарајуће величине јединице децентрализације.

Потом, већа флексибилност подразумева могућност експерименталног преноса надлежности, посебно приликом припреме нових законодавних решења или процене ефикасности постојећих.

И на крају, већа флексибилност значи обавезно консултовање нижих јединица (или њихових удружења) приликом припреме и усвајања закона од интереса за њихово постојање и рад.

3. Одређење принципа супсидијарности у Европској повељи о локалној самоуправи

Садржина принципа супсидијарности, који се јавља и у преамбули Европске Повеље о локалној самоуправи из 1985. године, одређује се одредбама чланова 4 (2) и (3), 6 (1), 8 (1), (2) и (3) и 11. Она се даље прецизира – и ово је једна од оригиналних карактеристика Повеље – кроз читав низ одредаба Повеље (члан 3 (1), 6 (2), 7 (1), 9 (1), (2), (3) и (4)).

У одељку „Обим локалне самоуправе“ Европска повеља о локалној самоуправи принцип супсидијарности дефинише на следећи начин: „Јавне послове ће првенствено обављати они органи власти који су најближи грађанима. Уступање послова другом органу власти требало би да се заснива на процени обима и природе задатка и захтева у погледу ефикасности управе

12 A. Delcamp, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity ...*, p. 23.

и функционисања привреде.“ (члан. 4 став 3)¹³ Одредба става 3. члана 4 Повеље уводи и неколико критеријума за поделу јавних функција. То су природа посла, обим задатка, ефикасност управе и функционисање привреде.¹⁴

Због тога се одредба става 2 члана 4. Повеље тумачи у смислу немогућности редукције изворних овлашћења локалних јединица у „име других императива“.¹⁵ „Локалне власти, у оквиру законских ограничења, имају пуну слободу одлучивања о иницијативама у вези са било којим питањем које није искључено из њихове надлежности или додељено некој другој инстанци.“

Повеља такође гарантује да ће изворни послови локалних јединица моћи да се врше на одговарајући начин.

„Локалне власти, у оквиру законских ограничења, имају пуну слободу одлучивања о иницијативама у вези са било којим питањем које није искључено из њихове надлежности или додељено некој другој инстанци.“ (чл. 4. ст. 2); „Овлашћења дата локалној власти ће по правилу ће бити потпуна и ексклузивна.“ (чл. 4. ст. 4); „... локалне власти могу да одређују сопствену унутрашњу административну структуру“ (чл. 6. ст. 1).

Повеља такође нормира ограничења и „објективне“ услове управног надзора, што подразумева да процедуре и случајеви таквог надзора морају бити предвиђени уставом или законом (члан 8. ст. 1), са циљем да се обезбеди усаглашеност са законом и уставним начелима (члан 8. ст. 2), а да интервенција контролног органа буде у сразмери са значајем интереса који се штити (чл. 8. ст. 3). На крају, локална јединица мора имати право да користи правни лек ради обезбеђивања слободног спровођења својих овлашћења и поштовања принципа локалне самоуправе (чл. 11).

Треће, Повеља истиче, јасније него сви други документи, **дужност** виших органа власти да помажу нижим органима у остваривању њихових задатака. „Право и способност“ локалних јединица да „уређују послове и управљају битним делом јавних послова“ подразумева дужност централних органа да гарантују одређена решења. Прво, ту је статус особља и омогућавање запошљавања на основу заслуга и стручности (члан 6. ст. 2). Потом, статус локалних изабраних представника којима мора да обезбеди „слободно обављање њихових функција“ (Члан 7.ст. 1). Затим, држава мора да гарантује локалним властима могућност да стичу „у оквиру националне економске политике, адекватна финансијска средства“ (чл. 9. ст. 1), сразмерна овлашћењима (чл. 9. ст. 2), и у довољној мери широка и адаптабилна, како би им се омогућило да у

13 В: Закон о потврђивању европске повеље о локалној самоуправи «Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 70/2007. Препоручујемо читање Повеље у енглеском или француском изворнику, јер се тако боље могу увидети одређене финесе.

14 Delcamp обим и природу задатка сврстава у објективне критеријуме, а ефикасност управе и нормално функционисање економије у субјективне критеријуме.

15 A. Delcamp, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity* ..., p. 14.

мери у којој је то практично могуће држе корак са стварним растом трошкова везаних за обављање њихових обавеза (чл. 9. ст. 4). Финансијска средства из одредбе члана 9. ст. 1. би, идеално посматрано, у целости би требало да потичу од локалних пореза и такси чију висину локалне јединице могу да одреде у оквиру ограничења датих законом (члан 9. ст. 3).

Последње две финансијске препоруке које ћемо навести изузетно су важне за схватање „смисла“ Повеље, односно руководних начела за примену принципа супсидијарности од стране централних државних органа, чија је интервенција нужна, али само како би обезбедила свакој јединици могућност да прибави средства неопходна за вршење сопствених послова.

„Заштита финансијски слабијих локалних органа власти захтева институцију финансијског изједначавања процедура или сличне мере које треба да коригују ефекте неједнаке расподеле потенцијалних извора финансирања и финансијског терета коме треба да пружи подршку. Такве процедуре или мере неће умањити слободу одлучивања локалних органа власти коју они имају у оквиру сопствених сфера одговорности. ... Субвенције локалним органима власти неће бити, колико год је то могуће, намењене финансирању одређених пројеката. Провизија од субвенција неће уклонити основно право локалних органа власти да у оквиру своје надлежности имају слободу политичког одлучивања.“

Ако је интервенција вишег органа нужна (због „обима“ и „природе“ задатка или због „захтева ефикасности и економичности“), нижи орган мора бити *консултован* „у мери у којој је то могуће, у догледно време и на одговарајући начин“ (чл. 4. ст. 6). У том смислу, Повеља изричито помиње две области: планирање и доношења одлука о свим стварима које их се директно тичу (члан 4. ст. 6); и начин на који се расподељују прерасподељена средства (чл. 9. ст. 6).

Упркос понекад опрезном текстуалном изразу, Повеља дефинише идеал, инспирисан принципом супсидијарности, који треба да се постигне, без обзира да ли је у питању унитарна или федерална држава. Постојање ових дефиниција у Европској повељи лако се може објаснити чињеницом да је појам супсидијарности нека врста наслеђа, заједничког државама западне Европе, које може бити пренето и користити се као водич консолидујућим правним системима Европе.

4. Однос принципа супсидијарности и ефикасности

На овом месту навешћемо само могуће начине да се ова два принципа међусобно ускладе, и представити метод процене ефикасности расподеле који је проистекао из тзв. економске теорије федерализма. Ова теорија се у суштини заснива на анализи понуде услуга и подразумева три елемента потребна за

пренос јавних послова на јединице децентрализације: **близина** (то омогућава да јединице власти буду упознате са потребама људи и прилагоде им пружање сопствених услуга); **ефекат вишка** (оптимална расподела надлежности се постиже када услуге у потпуности користе само грађани јединице која их пружа, при чему постоји позитивна корелација између величине територије јединице и користи од пружених услуга); и **економија обима** (чије се дејство огледа у томе да се трошкови смањују са повећањем броја корисника услуга које се пружају). Ова теорија била је заслужна за узимање у обзир ефеката величине јединице децентрализације приликом одређених територијалних реформи руковођених идејом „оптималне величине“. Проблем са њом је у томе што она не узима у обзир оно што би се могло назвати „добробит“ народа, нити културне и историјске аспекте расподеле функција.¹⁶

Такође, у оквиру одговарајућих органа ЕУ развијен је тзв. **тест компаративне ефикасности**, према којем би, приликом имплементације принципа супсидијарности, требало узети у обзир различите елементе, а нарочито: економију обима, трошкове непоступања, потребу за одржавањем кохерентне политике, правила конкуренције итд.¹⁷ Таква, компаративна ефикасност би требало да резултира „додатом вредношћу“.

Такође треба имати у виду да се на питања институционалног и политичког карактера принцип ефикасности рада не може у потпуности применити и да је у тим ситуацијама релативне природе.

Дакле, можемо закључити да принцип супсидијарности може допринети већој ефикасности. Он додаје квалитативне елементе квантитативним факторима, јер поред строго техничких критеријума какве захтева имплементација принципа ефикасности, он омогућава да се покаже вредност људског елемента. Основне „последнице“ примене принципа супсидијарности су: слобода, разноврсност и одговорност.

¹⁶ Класик у овој области је дело: **D.N. King**, *Fiscal Tiers: the economics of multi-level government*, London/Sydney, 1984.

¹⁷ **A. Delcamp**, *Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity ...*, p. 27.

Dejan Vučetić, LL.M.

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

**PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AS A GUIDING PRINCIPLE IN
DETERMINING THE FUNCTIONS OF DECENTRALIZATION UNITS**

Summary

The author analyzes subsidiarity as the basic principle of decentralization which means that every public function that can be done well at the local level (i.e. the level closest to citizens) should be done at that level. The application of this principle in the allocation of responsibilities requires that the jurisdictions of other levels of government are determined by the method of enumeration. The concept and principle of subsidiarity implies the primacy of the individual and lower levels of government. This principle has its legal basis in Article 4 paragraph 3 of the European Charter of Local Government. The subsidiarity principle enhances the capacity of local institutions and it is in “the symbiotic relation” with the principle of solidarity and responsibility. The author believes that this principle can be interpreted in two ways: in a “defensive” and “offensive” sense. The proponents of the autonomy of local, regional or federal units of government see it as a protection against the exaggerated interventions by the central government; on the other hand, the supporters of effective protection of the interests of political community as a whole think that the principle of subsidiarity provides a basis for political choice of objectives and for a more extensive jurisdiction of the central administration.

Key words: subsidiarity, decentralization unit, decentralized functions, European Charter of Local Government.

**АЛТЕРНАТИВНИ НАЧИН РЕАГОВАЊА НА
МАЛОЛЕТНИЧКУ ДЕЛИНКВЕНЦИЈУ
(са посебним освртом на поравнање са оштећеним)¹**

Анстракт: Поједина учења криминалне етиологије, а пре свега тзв. миротворачка криминологија из које се развио концепт ресторативне правде, допринела су стварању новог модела друштвеног реаговања на преступништво малолетника – модела алтернативног поступања, усмереног на предупређење вођења кривичног поступка и широку примену алтернативних мера, што подразумева координисан рад социјалних служби и државних органа, као и систематску друштвену акцију са циљем специјалне превенције. За предмет проучавања изабрани су васпитни налози, са посебним освртом на поравнање са оштећеним, који представљају само неке од могућих механизма овог модела. Ауторка настоји да их критички сагледа полазећи са различитих аспеката, почевши од међународних стандарда, који су утицали на нормативно уобличавање на националном нивоу, преко компаративноправних решења и искустава других земаља са њиховом применом, до домаћег позитивног права и досадашње праксе изрицања.

Кључне речи: Малолетници, алтернативне мере, поравнање са оштећеним.

**1. Идејно-теоријске основе алтернативног
реаговања на криминалитет**

Алтернативни облици реаговања на криминалитет имају своју идејно-теоријску основу у појединим учењима криминалне етиологије. Покушавајући да објасне настанак криминалитета зачетници тзв. миротворачке криминологије, Quinney и Repinski, пласирали су тезу да се у корену сваког злочина заправо

¹ Чланак представља резултат рада на пројекту «Људска и мањинска права у европском правном простору», под редним бројем 14043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

налази конфликт.² Држава, реагујући традиционално, није у стању да се избори са овим обликом социјалне патологије, а да би се разумела грешка њеног приступа довољно је сетити се класичног кривичног поступка, у којем су учинилац и жртва међусобно супротстављени и тиме додатно ушанчени у своје примарне улоге. При томе, само један од њих може бити «победник», што аутоматски оног другог чини, у најмању руку, незадовољним. Ако је учиниоцу изречена казна сукоб није елиминисан. Напротив, примена репресије ствара негативне реакције и може допринети продужењу или чак ескалацији примарног конфликта. У контексту овог учења, као што се да приметити, нема суштинских разлика између кривичног дела и казне, оба су само Јанусова лица исте ствари – насиља. Отуда би криминалну политику, ако се пледира да буде ефикасна, требало пацификовати и устројити тако да води ка измирењу сукобљених страна. Иако речи заговорника учења да организовани одговор на криминалитет треба да представља «*друштвену фабрику узајамне љубави, поштовања и бриге*»³ делују претерано и утопијски, оне су имале даљег одјека и допринеле су стварању парадигме ресторативне правде. Christie, један од њених зачетника и промотера, полази од премисе да је кривично дело својина оних који у њему учествују (тј. учиниоца, жртве и заједнице), те су они и позвани да га решавају, а не правници који овај облик конфликта «краду» од субјеката којима припада.⁴ Зато рецепт успешног затварања круга насиља не лежи у пасивном положају и отуђивању најзаинтересованијих лица, већ у активистичком приступу, у њиховом већем укључивању и непосредној комуникацији. Само на такав начин могу бити уважене одређене потребе, прилично занемарене у класичном кривичном поступку: потребе жртве да буде информисана, да говори о томе шта се догодило, да поврати самопоуздање пољуљано тиме што је постала жртва; потребе друштва за стварањем осећаја заједништва и међусобне одговорности чланова, ради остваривања добробити свих и унапређивања квалитета живота; као и потребе преступника за личним развојем, осећањем да припада заједници и слично,⁵ што је посебно важно када су малолетници у питању.

Други идејни ослонац може се пронаћи у теорији етикетирања. Зачетак правца је позната Таппенбаум-ова тврдња да «*појединац није девијантан зато што је извршио одређено дело, већ стога што је друштво дело и његовог*

2 С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *Криминологија*, Ниш, 2009. године, стр. 333.

3 Наведено према С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 333.

4 N.Christie: *Conflict as a Property*, British Journal of Criminology, vol. 14, no. 1, 1977. године, стр. 1.

5 Ј. Хрнчић: *Модел и пракса ресторативног правосуђа*, зборник Медијација – Концепти и контексти (уреднице Т. Цамоња-Игњатовић и Н. Жегарац), Београд, 2006. године, стр. 131.

учиниоца означило *девијантним*».⁶ Додељивање такве етикете може лоше утицати на будуће понашање, нарочито ако се ради о малолетнику, који се (по дефиницији) још увек налази у процесу трагања «за собом» и формирања сопственог идентитета. Кажњавање га стигматизује и деградира, а то води социјалној изолацији, отежава уклапање у прихватљиве обрасце и на крају кулминира поистовећивањем са приписаним идентитетом, стереотипом криминалца. Међутим, нису сви склони да процес етикетирања прогласе апсолутно негативним. Braithwaite, коме се може приписати заслуга за оживљавање овог концепта, сматра да етикетирање доприноси стварању «*реинтегративног стида*», под условом да се учинилац суочио са жртвом кривичног дела и то у присуству њему блиских лица, првенствено чланова његове породице.⁷

Укратко изложена промишљања о узроцима криминалитета нису остала само на нивоу апстрактног теоријског занимања, већ су отелотворена кроз сплет нових инстутута уведених у савремено малолетничко кривично право. Из тог разлога, данас се може говорити о постојању новог модела друштвеног реаговања на преступништво малолетника – тзв. модела алтернативног поступања, који карактеришу примат административног над судским одлучивањем, покушај предупређења вођења поступка пред кривичним судом, широка примена алтернативних средстава, координисан рад социјалних служби и државних органа и систематска акција с циљем специјалне превенције.⁸ Васпитни налози су само један од могућих елемената овог модела, а поравнање са оштећеним један од варијетета остваривања «преговарачке правде» као алтернативе класичном правосуђу.

2. Акти Уједињених нација и Савета Европе као извор стандарда за уређење алтернативних мера према малолетницима

Да би се разумело како је на националном нивоу дошло до трансформације система малолетничког кривичног права, неопходно је осврнути се на међународне изворе, којима су постављени стандарди за обликовање алтернативних мера. Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе или Пекиншка правила⁹ представљају први међународни акт, донет са превасходним циљем заштите права и потреба малолетника у сукобу са законом. Иако немају

6 Цитат наведен према Ђ. Игњатовић: *Криминологија*, Београд, 1996. године, стр. 151. Његовом развоју и обогаћивању допринели су многи други теоретичари, као Lemert, Backer, Giddens, Trasher и други.

7 С. Константиновић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 330.

8 К. Flipčič: *Obravnavanje mladoletnih delinkventov*, Ljubljana 1998. године, стр. 42.

9 *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules, A/RES/40/33) од 29. новембра 1985. године.*

обавезујући карактер сматрају се документом од кључног значаја, пошто су утрла пут даљој еволуцији основних стандарда у овој области. Једна од смерница у уобличавању реакције на преступништво малолетника јесте минимализовање формалне интервенције и увођење диверзионих програма, кад год је то примерено (правило 11.1.). Услови за упућивање случајева на алтернативне механизме треба да буду предвиђени националним законодавствима, а једини захтев који сама Правила наводе јесте сагласност малолетника односно његових родитеља или старатеља (правила 11.2. и 11.3.).

Стандардна минимална правила посебно истичу значај постојања програма у локалним заједницама, у виду привременог надзора и усмеравања, обештећења и надокнаде штете жртвама (правило 11.4.). Тако је указано на чињеницу да ради остваривања заштите младих, с једне, и одржавања мирног поретка у друштву, с друге стране, треба мобилисати све расположиве друштвене ресурсе, почевши од породице као основне групе, преко школе и локалне заједнице, чији се капацитети често неоправдано недовољно користе.

Конвенција УН о правима детета, коју је ратификовала некадашња СФРЈ,¹⁰ садржи и стандарде за малолетничко правосуђе. Реакција на малолетнички криминалитет треба да буде устројена у складу са општим принципима недискриминације (чл. 2), најбољим интересом детета (чл. 3), правом на развој (чл. 6) и поштовањем ставова детета (чл. 12). Сваки поступак према малолетнику треба да омогући остваривање следећих циљева – прво, унапређивања осећаја његове личне вредности и достојанства и друго, развијања поштовања људских права и основних слобода других, што представља нужну претпоставку за његову реинтеграцију и преузимање конструктивне улоге у друштву (чл. 40). Странама уговорницама је изричито постављена обавеза да предвиде алтернативне мере, којима би се кроз усмеравање, надзор, условно кажњавање, прихват, образовање, програме стручне обуке и слично обезбедило да се са децом поступа на начин који одговара њиховој добробити, али водећи рачуна и о тежини дела и околностима под којима је учињено (чл. 40 ст. 4).

Ријадске смернице¹¹ се заснивају на идеји да преступништво малолетника често представља само «експеримент» у процесу одрастања и да спонтано нестаје током сазревања. У том смислу, обележавање младе особе као делинквентне није у њеном најбољем интересу, јер може да поспеши даље генерисање нежељеног понашања. Начин да се избегне стигматизовање види се у упућивању на програме, којима се они «изузимају» из правосудног система (правило 58).

¹⁰ Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90.

¹¹ *United Nations Guidelines for Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines, A/RES/45/112) од 14. децембра 1990. године.*

Логичан наставак изложених тенденција представљају Токијска правила.¹² Њима су алтернативне мере класификоване у три групе: мере пре фазе суђења (где спадају сви облици тзв. скретања поступка, па и васпитни налози), у току суђења и изрицања пресуде, као и након изрицања пресуде. У том смислу полиција и тужилаштво треба да имају овлашћење да ослободе малолетног преступника, ако сматрају да наставак поступка према њему није неопходан ради заштите друштва, превенције криминала, унапређења поштовања закона и заштите права жртава. Такође, када је реч о лакшим преступима, тужиоцу треба дати право да изриче одговарајуће мере алтернативне институционалном третману (чл. 5.1.). Без обзира на међусобне разлике, све мере имају основ у принципима прокламованим овим актом, у принципу минималне интервенције, укључивања заједнице и осигурања равнотеже између права преступника, права жртава и заинтересованости друштва за јавну безбедност и превенцију криминала.

Значајан део Правила посвећен је минималним гаранцијама, са циљем да се заштите лица којима се изричу алтернативне мере. Основни је, свакако, принцип законитости, у оквиру којег се посебно инсистира на постављању јасних критеријума за избор. Надаље, интереси малолетника се штите и принципом сагласности и забраном мера које малолетника излаже ризику од физичког или психичког повређивања. Такође, гарантовано је и право на жалбу, право на приватност, право на достојанство личности и поверљивост података о малолетнику. Додатну сигурност пружа и општа клаузула да ниједан алтернативни поступак не сме бити противан међународно признатим стандардима људских права, која се односе на третман преступника и њихову заштиту.

Препоруком Савета Европе о друштвеној реакцији на малолетничку делинквенцију¹³ истакнуто је да сваки облик реакције према малолетницима треба да има васпитни карактер у циљу постизања друштвене реинтеграције. Услед тога, у систему казног права треба пронаћи место за мере које ће бити извршаване према малолетнику у његовом «природном» окружењу, што неизбежно води активнијем укључивању друштвене заједнице, најпре на локалном нивоу. Поред низа превентивних мера, Препорука наводи и корисност диверзификације кривичног поступка, већ од тренутка када малолетник дође у контакт са тужилашвом или полицијом, како би се спречило наступање негативних последица, које настају када малолетник дубље зађе у систем кривичног правосуђа. Препоручује се и основање посебних тела ради

¹² *United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (A/RES/45/110)* од 14. децембра 1990. године.

¹³ *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Social Reactions to Juvenile Delinquency, R (87)20.*

спровођења алтернативних процедура, као и обезбеђења основних принципа, попут добровољности и активног учешћа породице малолетника.

Препорука Савета Европе о друштвеној реакцији на малолетничку делинквенцију младих људи који долазе из мигрантских породица¹⁴ настоји да пружи основне смернице у решавању преступништва проистеклог из тзв. културног конфликта. Полазећи од тога да је већина европских друштава мултикултурна, неопходно је превазилазити разлике између домаћег становништва и миграната и олакшати социјалну интеграцију младих. Државе чланице треба да искључе могућност дискриминације младих миграната, између осталог, и тиме што морају имати равноправан приступ *«иновацијама у систему малолетничке правде и социјалног старања»*, под чиме се подразумева и приступ свим облицима «скретања» кривичног поступка.

Препорука о новим начинима суочавања са малолетничком делинквенцијом и улози малолетничког правосуђа¹⁵ истиче да одговор на малолетничку делинквенцију треба да буде мултидисциплинаран, тако организован да утиче на низ фактора који делују у различитим нивоима друштва: индивидуалном нивоу, нивоу породице, нивоу школе и друштва у целини. Међу новим одговорима препоручује се примена медијације, надокнаде штете и репарације жртве кривичног дела.

Како се до поравнања са оштећеним може доћи и у поступку медијације, у овом контексту би требало поменути и Препоруку о медијацији у кривичним стварима,¹⁶ иако се овај извор не односи искључиво на малолетнике. Од општих принципа Препорука наводи добровољност, искључење јавности и поверљивост, доступност у свим фазама кривичног поступка, као и принцип аутономности службе посредовања у оквиру система кривичног правосуђа. Сама медијација треба да буде уређена законом, а посебно услови за упућивање предмета на медијацију, даље вођење предмета након поступка медијације, мере процедуралне заштите, попут права страна на правну помоћ, превођење и тумачење, и права малолетника на помоћ од стране родитеља. У делу који уређује однос кривичног правосуђа и медијације наведено је да одлуку о подобности предмета за медијацију, као и процену исхода медијације, треба да донесу органи кривичног правосуђа. У циљу обезбеђивања ефикасности одлука о упућивању мора да садржи рок, у коме надлежни орган кривичног правосуђа треба да добије повратну информацију о исходу медијације. Такође, споразум треба да има исти статус као и судска одлука или пресуда и треба да искључи

14 *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Social Reactions to Juvenile Delinquency among Young People Coming from Migrant Families*, R (88)6.

15 *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States Concerning New Ways of Dealing with Juvenile Delinquency and the Role of Juvenile Justice* R (2003)20.

16 *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States Concerning Mediation in Penal Matters*, R (99)19.

кривично гоњење на основу истих чињеница (*ne bis in idem*). Ако се предмет врати органима кривичног правосуђа, у случају да споразум није постигнут или је постигнут али је његово извршење изостало, одлука о томе како наставити даље треба да буде донета хитно.

Посебна пажња посвећена је стандардима за рад служби за посредовање. Тако је потребно регулисати услове и процедуре за избор, механизме надзора и оцене квалитета рада медијатора и етички кодекс медијатора. Правила за избор треба да омогућавају избор медијатора из свих друштвених средина, избор добрих познавалаца локалне културе и стања у друштвеној заједници, избор лица са израженим комуникационим вештинама. Значајан сегмент стандарда односи се на права и обавезе медијатора. Његово основно право је право да добије информације и сву потребну документацију од стране надлежних органа кривичног правосуђа. Основне обавезе медијатора су непристрасност и поштовање достојанства страна, што се не односи само на његов лични однос према странама, него и на обезбеђење да се оне саме, једна према другој, односе на такав начин у току поступка. Медијатор мора да спроведе поступак без присуства јавности (*in camera*), у безбедној и пријатној атмосфери за разговор. Посредовање треба да буде ефикасно, али и да се одвија темпом који стране могу да прате. Једна од обавеза медијатора је извештавање надлежног органа кривичног правосуђа о предузетим корацима и исходу посредовања, при чему је изритито наложено да извештај не треба да открива садржај сесија, нити да износи било какве оцене о понашању страна током поступка посредовања. Међутим, медијатор је у обавези да надлежним органима пренесе све информације у вези непосредне опасности од извршења тешког кривичног дела, које евентуално могу изаћи на видело у току посредовања. Када је у питању сам позитивни исход медијације, тј. споразум између жртве и учиниоца, Препорука не садржи нека посебна правила, сем што оквирно наводи да постављене обавезе треба да буду разумне и примерене. Колики је значај дат овом институту говори и чињеница да је Савет Европе доношењем Оквирне одлуке о положају жртве у кривичном поступку,¹⁷ наложио чланицама да до 22. марта 2006. године уграде медијацију у своје националне правне системе.

3. Поравнање са оштећеним у аустријском праву и искуства у вези са његовом применом

Поравнање са оштећеним је пронашло своје место у различитим правним системима, те се може претпоставити да, иако потиче из исте правно-философске основе и истих међународних стандарда, постоје и извесне специфичности. За потребе овог излагања изабрано је аустријско право, пошто је прилично

¹⁷ Council Framework Decision on the Standing of Victims in Criminal Proceedings (2001/220/JHA).

утицало на уобличавање наших решења. Друштвени миље у Аустрији 80-тих година XX века, у којем је започето разматрање могућности увођења алтернативног реаговања, обележиле су две битне околности – теоријска критика малолетничког кривичног права¹⁸ и пад стопе малолетничког криминалитета.¹⁹ После вишегодишњег експериментисања институт вансудске нагодбе (*Aussergerichtliche Tataausgleich*) постаје 1988. године део Закона о судовима за малолетнике,²⁰ да би 1999. године био уграђен и у Законик о кривичном поступку.²¹ Прописан је читав низ услова за «скретање» из кривичног поступка: висок степен извесности да је малолетник учинио кривично дело;²² кривица малолетника не сме бити тешка; последица кривичног дела не сме бити смрт неке особе; за кривично дело мора бити прописана казна затвора до 5 година;²³ да није неопходна примена казне, да би спречила учиниоца да убудуће врши кривична дела; спремност малолетника да прихвати одговорност за кривично дело, да се суочи са узроцима свог понашања, поправи последице кривичног дела и надокнади штету; пристанак оштећеног није неопходан, мада треба настојати да се и он укључи; изузетно, ако постоје посебни разлози, требало би водити рачуна о генералној превенцији.

Одлука о упућивању на поступак поравнања спада у искључиву надлежност државног тужиоца за малолетнике, као и одлука о непокретању кривичног поступка након успешно извршеног споразума. Он позива медијатора (социјални радник, правник, психолог или социолог или лице са неком сличном дипломом, које је прошло посебну четворогодишњу обуку) да спроведе неформални поступак посредовања између жртве и учиниоца.

Статистички подаци показују да број случајева упућених на вансудско поравнање рапидно растао до 1997. године, од када се региструје благи

18 M. Edelbacher, C. Fenz: *Juvenile Justice System – An Austrian Perspective*, у *Juvenile Justice Systems, International Perspectives* (edited by John A. Winterdyk), Toronto, 2002. године, стр. 1.

19 V. Hofinger, C. Pelikan: *Victim-offender Mediation with Juveniles in Austria*, у *VOM with Youth Offenders in Europe* (edited by Anna Mesitz and Simona Ghetti), Netherlands, Springer, 2005. године, стр. 157.

20 Видети текст закона (*Jugendgerichtsgesetz*) на страни http://www.sbg.ac.at/ssk/jgge/jgg_index.htm

21 Законик (*Strafprozessordnung*) је доступан на страни http://www.sbg.ac.at/ssk/docs/stpo_index.htm

22 Малолетницима се у аустријском праву сматрају лица од 14-те до 19-те године.

23 Овај услов би требало прокоментарисати. Наиме, сем неколико експлицитно наведених изузетака, у аустријском праву се посебни минимум и максимум деле на пола, да би се добио распон у оквиру којег се малолетнику одмерава казна (§ 5 JGG). На пример, ако је за неко кривично дело прописана казна затвора од 1 до 10 година, распон за малолетнике би, по поменутом правилу, износио од 6 месеци до 5 година.

пад.²⁴ Већину дела решених на овакав начин чине деликти против физичког интегритета (66%) и против имовине (32%), док је удео осталих сасвим занемарљив. У евалуацији поступка посредовања праћен је и однос између жртве и преступника. Како највећи број решаваних дела припада групи тзв. ситуационих деликата, између страна не постоји нека трајнија ранија повезаност (51%), потом долазе деликти међу пријатељима, школским друговима, док су на дну листе дела учињена према члану породице, колеги са посла и суседу. Укупно посматрано, поступак се може оценити као врло ефикасан, јер је у 86% окончан споразумом, а у у 79% водио је ка обустављању кривичног поступка, услед његовог потпуног извршења.

4. Поравнање са оштећеним у малолетничком кривичном праву Републике Србије

Реформа система малолетничког кривичног права у Србији, извршена 2005. године доношењем Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,²⁵ обухватила је и увођење васпитних налога као облика алтернативних мера.²⁶ Поред поравнања са оштећеним овде спадају и следеће мере: редовно похађање школе или редовни одлазак на посао; укључивање без накнаде у рад хуманитарних организација или послова социјалног, локалног или еколошког садржаја; подвргавање одговарајућем испитивању или одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога; и укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту (чл. 7). Могло би се констатовати да листа обухвата уобичајне обавезе, какве се срећу и у упоредном праву. Ако се компарирају са каталозима алтернативних мера, предвиђеним у правним системима земаља из окружења, да се приметити да нема много одступања.²⁷ Сврха поравнања (као и осталих налога) је двојака;

24 V. Hofinger, C. Pelikan: *op. cit.*, стр. 171.

25 Службени гласник Републике Србије, бр. 85/05.

26 У домаћој теорији постоји сагласност да се ради о мерама *sui generis*, које немају карактер кривичне санкције. Видети Ј. Радуловић: *Васпитни налози као посебне мере реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела – сврха, врсте и избор*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1, 2008. године, стр. 27, Д. Јовашевић: *Положај малолетника у кривичном праву*, Ниш, 2009. године, стр. 59, З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 340 и др. Усамљено је мишљење по којем васпитни налози имају све карактеристике кривичних санкција, изнето у З. Николић: *Стварне или привидне промене санкција према малолетницима – општи осврт на сврху, избор, врсте и начине извршења*, зборник *Казнено законодавство, прогресивна или регресивна решења*, Будва, 2005. године, стр. 425-430.

27 При томе се мисли на земље настале распадом бивше СФРЈ. Еволуцију њихових правних система је занимљиво пратити, с обзиром на чињеницу да су се развијали из истих

она лежи у томе да се према малолетнику не покреће кривични поступак или да се обустави уколико је већ покренут, да би се избегле негативне последице које из његовог вођења могу да настану, као и да се утиче на правилан развој

полазних основа (некадашњег Кривичног закона из 1976. године). Потпуно идентични налози уведени су новелирањем Кривичног законика Црне Горе 2006. године (*Службени лист ЦГ, бр. 47/2006*), док је у осталим земљама листа је мање-више слична. Поправљање односа са оштећеним је свуда присутно, мада се у појединим правима не налази под називом поравнања, већ је рашчлањено на два самостална налога односно препоруке, на лично извињење оштећеном и на надокнаду штете (Босна и Херцеговина – *Кривични закон Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10*, и Република Српска – *Закон о заштити и поступању са децом и малолетницима у кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 13/2010*), док неке садрже само потоњи облик (Хрватска – *Закон о судовима за младеж, Народне новине, бр. 84/2011*, и Словенија – *Kazenski zakon, Uradni list, br. 55/2008*). Стварање и развијање друштвено прихватљивих и пожељних стилова и модела понашања довело је до тога да обавеза редовног похађања школе буде готово универзално заступљена. Једини изузетак је хрватски закон, који експлицитно не садржи поменути обавезу, иако се она може подвести под опште овлашћење да се малолетнику могу поставити и друге обавезе које су примерене, с обзиром на дело и његове породичне прилике. Подразумева се да примена најпре долази у обзир када је уочена веза између недостатка образовања и кривичног дела. Редовно образовање није усмерено само на стицање основних знања, него и на социјализацију, упознавање са друштвеним вредностима, стицање радних навика и развијање осећаја одговорности за сопствене поступке. Позитивно дејство рада на будуће понашање малолетника препознато је и у осталим системима, иако је предвиђено у облику прихватања одговарајућег запослења, а не редовног одлажења на посао (Босна и Херцеговина, Република Српска и Словенија). Како год биле формулисане, јасно је да су све ове мере настале из потребе да се ојачају дисциплина и радне навике, али и да се креативно осмисли слободно време малолетника. Етиолошки посматрано, управо су доколица и неорганизовано слободно време значајни фактори у настанку преступништва младих, те су поменуте обавезе логично избориле своје место на листи. Посебно је значајна и тежња за остваривањем чвршће социјалне интеграције и јачања друштвене одговорности, која је у овом контексту оличена кроз општеприсутну обавезу укључивања у рад хуманитарних организација односно послова социјалног, локалног или еколошког садржаја. Она је додатно наглашена чињеницом да се овај облик рада, за разлику од претходног, обавља без накнаде. Међутим, аспект волонтеризма, сем нашег и црногорског закона, остали системи из компаративног прегледа експлицитно не истичу. Мерама је «покривена» и зависност од алкохола и опојних дрога, као један од значајних фактора настанка делинквенције. Поред права којима је спецификована обавеза лечења, постоји и лечење без прецизније назнаке о каквом се третману ради (као у Босни и Херцеговини, Републици Српској и Словенији). Посећивање саветовалишта, такође, спада у стандардне мере, уз постојање мањих разлика, јер се негде ближе одређује природа саветовања – васпитно, образовно, психолошко и др. За разлику од домаћих решења, међу препорукама су се нашли и смештај у другу породицу односно у дом или установу (Словенија, Босна и Херцеговина, Република Српска). Несређене прилике у породици, као основном окружењу у којем малолетник живи, некада ометају процес социјализације, због чега је процењено да би смештај у другу породицу, дом или установу требало уврстити и у каталог алтернативних мера. Јединственост словеначких решења лежи и у томе што су препознали потребу за увођењем препоруке малолетнику да учествује у програмима социјалног тернинга, као и да заврши курс познавања саобраћајних прописа, што није имало пандан у осталим системима из компаративноправне анализе, све до доношења новог Закона о судовима за младеж у Хрватској, када је ова друга убачена на законску листу.

малолетника и јачање његове личне одговорности, како убудуће не би чинио кривична дела (чл. 6).²⁸ Очито је да се поравнање, када је малолетни учинилац у питању, по постављеном циљу и улози битно разликује у односу на поравнање из општег режима Кривичног законика (чл. 59).²⁹ Овде је оно добило улогу диверзионог механизма, док се у општем делу Законика појављује као основ за ослобођење од казне, што подразумева управо супротно тј. вођење кривичног поступка. Било да се суд определио за ослобођење од казне, било за неку другу могућност проистеклу из логичког правила *argumentum a maiore ad minus* (тј. за ублажавање казне или за третирање поравнања као олакшавајуће околности) вођење кривичног поступка је неминовно. У том смислу, решавање спорног односа споразумом је у малолетничком праву првенствено постављено у интересу малолетног учиниоца, док је у општем више манифестација тежње законодавца да ојача положај жртве и потпуније заштити њена права, иако је неспорно да и учинилац из тога извлачи одређене бенефите. Овим је заправо проширена могућност надокнаде штете у самом кривичном поступку. Други правни пут за остваривање права на надокнаду јесте парнични поступак, а он је често *«дуготрајан и у великој мери неизван у погледу крајњег резултата»*.³⁰

Објективни услов за примену поравнања јесте прописана казна. Законодавац је пошао од претпоставке да је, с обзиром на неретрибутивну природу васпитних налога (а тиме и поравнања са оштећеним), криминално-политички оправдана примена само код оних кривичних дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година (дакле, код дела мање и средње тежине).³¹ Када се постављени захтев упореди са општим режимом, још једном постаје евидентно фаворизовање малолетних учинилаца, јер је поравнање по Кривичном законнику дозвољено само ако се ради о делу запрећеном новчаном казном или казном затвора до три године. Других ограничења везаних за дело нема, што показује да је институт прилично либерално постављен.³² То не значи да су сва дела из поменуте групе апсолутно пододобна за упућивање на поравнање.

28 Сличне формулације се, уз мање номотехничке разлике, налазе и у законима осталих земаља из упоредног прегледа, иако има и таквих које не одређују циљеве изрицања ових алтернативних мера.

29 *Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.*

30 С. Соковић: *Алтернативне кривичне санкције, релевантни међународни правни стандарди и ново кривично законодавство*, зборник Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе, Крагујевац, 2007. године, стр. 123.

31 Ограничења у односу на прописану казну су уобичајна, при чему као горња граница најчешће фигурише казна затвора до пет година. Има и другачијих примера. У Федерацији БиХ васпитне препоруке су условљене прописаном новчаном казном или казном затвора до три године.

32 У компаративном праву се, поред прописане казне, примена условљава и неким другим околностима, како је раније приказано на примеру аустријског права, где су од значаја врста последице, степен кривице малолетника и др.

Природа неких деликата је таква да их је тешко замислити у овом контексту, попут тзв. дела без жртве. Сигурно је да и неке специфичне карактеристике, рецимо, посебна суровост или бескрупулозности у начину извршења, дуготрајно планирање и припремање не иду у прилог примене института. Такође, иако се формално не прави разлика ни између примарног дела и дела учињеног у поврату, некада специјално-превентивни разлози неће допустити да се надлежни орган определи за поравнање. Када се установи да постоји потреба за применом дуготрајнијих мера према малолетнику, јер је и раније показивао теже поремећаје у понашању, поравнање обично неће представљати адекватну солуцију.

Наше право не ограничава примену поравнања категоријом и бројем оштећених. У обзир долазе и физичка и правна лица, иако је вероватније да ће се прва категорија чешће јављати у овом алтернативном поступку. Када се већ говори о субјектима, треба рећи да се поравнање уобичајно примењује ако постоји само један оштећени и само један учинилац, мада није искључено да се у извесним ситуацијама дозволи и у случају плуралитета учинилаца и само једног оштећеног (типичан пример је оштећење туђе ствари).

У субјективном смислу неопходно је испуњење две законске претпоставке – признања кривичног дела од стране малолетника и таквог његовог односа према кривичном делу и оштећеном, који оправдава упућивање на поравнање. Подразумева се да признање мора бити слободно, добровољно, јасно и недвосмислено исказано. Што се посебног односа према делу и оштећеном тиче, иза ове синтагме се крије захтев за испитивањем да ли постоји искрено кајање због учињеног и спремност да се санирају последице дела, без којих упућивање на поравнање нема никаквог смисла. Са друге стране, примена овог васпитног налога је немогућа без сагласности саме жртве кривичног дела (чл. 62 ст. 3). Испуњење свих објективних и субјективних услова, међутим, не значи и аутоматско упућивање на поступак поравнања, јер последњу реч имају надлежни тужилац односно судија за малолетнике.

Материјалну страну или садржину поравнања чини неколико обавеза које се могу наложити малолетнику.³³ Овде спадају: надокнада штете, извињење, рад или отклањање штетних последица кривичног дела на неки други начин, у целини или делимично.³⁴ Законска формулација упућује на закључак да су

³³ За разлику од тога, КЗ не одређује садржину поравнања. Како то није једина празнина и једино спорно питање поравнања из општег режима, неки теоретичари су се оправдано запитали да ли је овај институт уопште применљив. Видети Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2007. године, стр. 206 и З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2007. године, стр. 216.

³⁴ У овом домену наш Закон нуди боља решења у односу на законе појединих земаља из упоредне анализе. Неки од њих су фокусирани само на надокнаду штете, искључујући друге могућности, као што је то случај у Хрватској и Словенији. Видети у N. Koller-Trbović, V. Gmaz-Luški: *Primjena izvansudske nagodbe (medijacija) u pretkaznom postupku prema maloletnicima i mladim punoljetnim osobama*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.

постављени основи за реализовање обе тежње ресторативног процеса. Тако је најпре «покривена» репарација, аспект оријентисан на прошлост, пошто подразумева реституцију или компензацију нанете штете, док је рестаурација, као други сегмент усмерена ка будућности, односно ка стварању основа за будући мирољубив суживот и превенцију рецидивизма.³⁵ Чињеница је да је некада тешко оштро разграничити оба аспекта, пошто свако обештећење или отклањање штетних последица доприноси и измирењу страна у сукобу, као даљем циљу. Да је законодавац водио рачуна и о овом аспекту говори и то што поравнање са оштећеним није постављено као еквивалент надокнади материјалне штете. Допушањем могућности да штета буде надокнађена и делимично, померен је фокус са материјалних на неке друге, за заједнички живот битне вредности. Овде се пре ради о потенцирању обострано прихватљивог договора, који не мора увек да подразумева надокнаду пуног износа. Сатисфакција оштећеног се може постићи и на друге начине, којима је законодавац оставио довољно простора. Наравно, приликом избора обавезе надлежни јавни тужилац односно судија за малолетнике морају узети у обзир интересе малолетника и оштећеног, водећи рачуна да се њоме не омета школовање или запослење малолетника (чл. 8 ст. 1).

У процесном смислу постоји неколико дилема у вези са овим васпитним налогом. Закон о малолетницима не говори прецизно о томе ко спроводи поступак поравнања, где се споводи, колико би требало да траје. Ни Закон о о посредовању – медијацији³⁶ није од веће помоћи, јер се ради о извору основних правила за поступак посредовања у различитим спорним односима (дакле, не само кривичним, него и имовинским, трговинским, породичним, радним, управним). Такође, и покушај да се посредовање детаљније нормира Законом о кривичном поступку 2006. године³⁷ завршио се неуспехом, јер је прво одлагана његова примена, да би на крају био стављен ван снаге. Теоретски, у улози посредника се могу појавити јавни тужилац или судија за малолетнике, али се на основу одредбе да се избор и примењивање васпитног налога врши у сарадњи и са надлежним органом старатељства отварају и неке друге могућности (чл. 8 ст. 3). Доследно спровођење идеје алтернативног поступања говори у прилог ангажовања управо неутралног трећег, који се налази изван правосудног система. Уосталом, предности ове алтернативе су доказане и у различитим експерименталним програмима и пилот-пројектима, спроведеним код нас у периоду од 2002. до 2005. године.³⁸ Тиме се решава и питање места посредовања,

13, br. 2/2006, стр. 934 и Lj. Selinšek: *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007. године, стр. 328.

35 L. Valgrave: *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, London, 2008. године, стр. 27.

36 *Службени гласник Републике Србије, бр 18/05.*

37 *Службени гласник Републике Србије, бр. 46/06, 49/07, 122/08, 72/09.*

38 **Више о томе у Ј. Хрнчић:** *op. cit.*, стр. 137.

јер је само састанак учиниоца и оштећеног изван просторија суда и тужилаштва у правом духу алтернативности.

Веома је значајно и ограничити трајање поступка. Следећи међународне стандарде и чињеницу да алтернативе служе, између осталог, и повећању ефикасности решавања спорних односа, онда би требало поступати у складу са начелом хитности. У домаћој теорији је изнето мишљење да посредовање не би требало да траје дуже од месец дана.³⁹ У компаративном праву има примера да је трајање поступка (као целине) прописано, при чему су постављени и рокови за већину радњи, које се предузимају у његовом склопу.⁴⁰

За разлику од поменутих питања, законодавац је предвидео шта се дешава након постизања споразума (чл. 62 ст. 3-7). Ако малолетник у потпуности испуни преузету обавезу, јавни тужилац доноси решење о одбацивању кривичне пријаве односно предлога оштећеног. Идентичну одлуку може донети и ако је обавеза испуњена само делимично, уколико оцени да је то целисходно с обзиром на природу кривичног дела, околности под којима је учињено, ранији живот малолетника, његова лична својства и разлоге због којих није испунио обавезу у потпуности. О одбацивању кривичне пријаве или предлога оштећеног јавни тужилац обавештава оштећеног, који нема право да захтева покретање поступка. Такође, оштећени нема право да остварује свој имовинско-правни захтев ако је малолетник потпуно надокнадио штету, а ако је то учинио само делимично, своја права може реализовати у парници.

5. Криминално-политички потенцијал поравнања са оштећеним

У закључним разматрањима неминовно искрсава питање критичког преиспитивања успешности поравнања са оштећеним. Да би се оно извршило неопходно је поставити критеријуме за процену, а то није нимало лако, јер се полазећи од различитих теоријских концепата различити показатељи сматрају пресудним. Тако ретрибутивне и рехабилитационе поставке у смањењу рецидивизма виде неку врсту «златног стандарда», те и не чуди што је утицај посредовања на поврат малолетника испитиван у више обимних студија.⁴¹

³⁹ Д. Јовашевић: *op. cit.*, стр. 63.

⁴⁰ У Македонији цео поступак може да траје највише 45 дана. Протеком овог рока и медијација која је успешно текла бива аутоматски окончана, тако да се случај враћа у кривични поступак. Многе радње у поступку медијације су временски ограничене. У року од три дана стране се морају писмено изјаснити о томе да ли пристају на медијацију, а исти рок важи и за изјаву да ли прихватају одређеног медијатора односно ако се они не споразумеју око тога за доношење одлуке о избору медијатора са листе медијатора од стране јавног тужиоца или суда. Видети *Закон за малолетничка правда, Службен весник на Република Македонија, бр. 48/2007.*

⁴¹ Видети опис и резултате истраживања, које су спровели Umbreit, Coates и Vos, Latimer и Klienkecht, Nugent, Umbreit, Winamaki и Padock, Braithwaite и Marshall. Приказано

Истраживања су конципирана на компарацији учесталости рецидивизма у групи малолетника на чије понашање је одговорено посредовањем, и у контролној групи сачињеној од малолетника подвргнутих неком од класичних механизма. Сва су довела до истог закључка – посредовање је, у односу на остала средства, много ефикасније и има значајне капацитете за редукцију поврата. У једној од наведених студија није утврђено само да је стопа поврата после спроведеног поступка посредовања мања, већ и да су у случајевима поновног вршења кривичних дела нова дела била мање тежине у односу на претходна.⁴²

Са друге стране, концепт ресторативне правде, посебно теза о потреби балансирања интереса учиниоца, жртве и шире друштвене заједнице, намеће и неке друге параметре. Сам пад стопе поврата свакако није за потцењивање, али то није ни једино мерило, пошто постоје и друге ресторативне вредности, чије остваривање не сме бити занемарено. Бројне студије истичу степен задовољства учесника постигнутим резултатима у поступцима посредовања. Једна од анкета, спровођена у периоду од две деценије, дала је импозантан резултат – чак 80-90% учесника изразило је задовољство начином вођења овог поступка, постигнутим споразумом и његовим извршењем.⁴³ Може се закључити да вредност ове алтернативе проистиче и из чињенице да доприноси учвршћивању поверења у правосудни систем, стварањем осећаја да ефикасно функционише, као и да пружа одговарајућа, праведна и фер решења конфликтних ситуација. Не треба заборавити да задовољство учесника има и неке друге предности. Ако се на овакав начин решава конфликт, посебно између малолетника и лица са којима је у свакодневној комуникацији и на која је трајније упућен (чланови породице, школски другови, наставници, суседи и други), сигурно је да се тиме посредно утиче на стварање позитивне друштвене атмосфере, што је несумњиво боље од случаја када стари «незалечени» сукоб представља потенцијално жариште и опасност за избијање нових.

Представљена истраживања наводе на закључак да скептицизам према ресторативним механизмима уопште, какав постоји у делу домаће стручне и научне јавности,⁴⁴ нема неко емпиријско утемељење. Отуда и охрабрују

у W. Bradshaw, D. Roseborough: *Restorative Justice Dialogue, The Impact of Mediation and Conferencing on Juvenile Recidivism*, Federal Probation no. 69(2), 2005. године, стр. 16.

42 W. Bradshaw, D. Roseborough: *op. cit.*, стр. 17. Слично истраживање је пре неколико година спроведено у Хрватској, где се показало да у чак 90,29 % случајева упућених на посредовање није забележен рецидивизам. N. Koller-Trbović, V. Gmaz-Luški: *Primjena izvansudske nagodbe (medijacija) u pretkaznenom postupku prema maloletnicima i mladim punoljetnim osobama*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 13, br. 2/2006, стр. 955.

43 W. Bradshaw, D. Roseborough: *loc. cit.* До сличних резултата су дошли и у хрватском истраживању. N. Koller-Trbović, V. Gmaz-Luški: *op. cit.*, стр. 955.

44 Запажање изложено у С. Ћопић: *Појам и основи ресторативне правде*, Темида, бр. 2, 2007. године, стр. 25.

званични статистички подаци о тенденцији повећања примене васпитних налога. У 2009. години је регистровано 110, а у следећој 151 налог.⁴⁵ Нажалост, статистика не разграничава њихове врсте, тако да није познат удео поравнања са оштећеним у укупном броју изречених, како се једини детаљнији показатељ односи се на питање ко је изрекао налог.⁴⁶ Међутим, статистика може нешто рећи и о потенцијалном, још увек недовољно искоришћеном простору за примену посредовања. Феноменолошки посматрано, у малолетничком криминалитету код нас је традиционално најзаступљенији имовински, који по многим страним искуствима управо представља погодно поље примене. Када се све то узме у обзир, несумњиво је да би извесна побољшања на нормативном нивоу, попуњавање уочених празнина доношењем подзаконских аката, допринела бољем искоришћавању потенцијала које пружа поравнање са оштећеним, али и сви остали васпитни налози.

45 Коришћени су подаци из *Статистичког билтена – Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде 2009. године*, Републички завод за статистику, Београд, 2010. године и *Саопштења Републичког завода за статистику*, бр. 202, год. LXI, од 15.07.2011. године. Преузето са сајта Републичког завода за статистику www.stat.gov.rs.

46 Прве године је у томе предњачио тужилац за малолетнике са 72 случаја (или 65,45%), док је судија за малолетнике у 38 случајева (или 34,55%) искористио ову могућност. Друга година доноси преокрет, како је тужилац у 59 случајева (или 39,07 %) применио налог, а судија у чак 92 случаја (или 60,93 %).

Dušica Miladinović - Stefanović, LL.M.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**AN ALTERNATIVE MODEL OF REACTION TO JUVENILE DELINQUENCY
(with specific reference to the settlement with the victim)**

Summary

Certain theories in criminal etiology, and primarily the theory of peace-making criminology which has yielded the concept of restorative justice, have contributed to developing a new model of social reaction to juvenile delinquency - the model of alternative measures (diversion model), which is aimed at preventing the insitagation of a criminal proceeding and an extensive application of alternative measures. This model implies a coordinated work of social welfare services and state authorities, as well as systematic social action aimed at special prevention. In this article, the author examines the correctional orders, with specific reference to the settlement with the victim, which are just some of the possible mechanisms of this alternative model of social reaction to juvenile delinquency. The author endeavours to critically observe these mechanisms from different aspects: starting from the international standards which had an impact on the national normative framework, exploring the comparative solutions and experiences of other countries in the application of these measures and, eventually, analysing the positive law and practice of awarding these alterantive measures in the former period.

Key words: *juvenile delinquents, alternative measures, settlement with the victim.*

ПРАВО НА САМООДРЕЂЕЊЕ, АУТОНОМИЈА ВОЉЕ И ПРАВО ПАЦИЈЕНТА НА ИНФОРМИСАНИ ПРИСТАНАК¹

Апстракт: Пристанак пацијента на лечење или пружање неке друге медицинске услуге представља „златни стандард“ на коме је у савременој медицини утемељен однос лекар-пацијент. Ради се о праву пацијента које је део корпуса основних људских права, чијим вршењем пацијент реализује аутономију своје воље и право да се сам и слободно одреди у односу на свој живот, тело и здравље. Лекарска је дужност да пацијенту обезбеди услове самосталног избора довољним и адекватним информацијама о намераваном медицинском захвату, очекиваним користима, ризицима, могућим алтернативама и другим чињеницама које су, по закону или ставу судске праксе, пацијенту неопходне за доношење одлуке. Повреда пацијентовог права на информисани избор, која се данас најчешће манифестује недовољним или neodговарајућим обавештавањем пацијента, ређе одсуством икаквих информација, могући је разлог професионалне одговорности лекара. Лекарска струка оправдано очекује помоћ права, пре свега законодавца, чији је задатак да одреди опсег информисања, било прецизним навођењем неопходних података које треба саопштити пацијенту, било утврђивањем стандарда на основу којег ће се одабир података вршити у сваком конкретном случају.

У раду је анализиран појам и значај права на информисани пристанак и указано на могуће критеријуме у одређивању опсега обавештавања пацијента, иначе једног од најсложенијих питања савремене медицине и медицинског права.

Кључне речи: аутономија воље, право на самоодређење, информисани пристанак пацијента, опсег информисања.

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

Увод

Нормама грађанског права уређују се односи између појединаца, у које они ступају слободно, свесно и вољно.

Свесност подразумева рационално опредељење субјекта да заснује одређени грађанскоправни однос, нпр., да закључи уговор, јер то сматра најподеснијим начином задовољења властитих потреба и интереса. Да у конкретној ситуацији постоји други, адекватнији начин, будући свесно биће, појединац би се сигурно определио за њега.

Добровољност указује на улогу и значај које има воља појединца у настанку грађанскоправног односа и обликовању његове садржине.

Грађанскоправни однос је утемељен у слободно формираној и израженој вољи његових учесника, који, као равноправни партнери, самостално, без туђег недопуштеног утицаја, одлучују да ли ће, са ким, када, како и због чега бити његови учесници. Равноправност субјеката грађанскоправног односа утемељена је на начелу правне једнакости, захваљујући коме грађанскоправни субјекти, међусобно усаглашавајући своју вољу, најбоље задовољавају властите потребе. Принцип координације воља омогућава им једнак правни положај са другом страном, чак и када се ради о јавној власти.

Слободна иницијатива субјеката грађанског права произлази из основног начела приватног (грађанског) права – начела аутономије воље (приватне аутономије), које је манифестација и потврда једног од основних људских права – права на самоодређење.² Значај ових начела за самоостварење субјеката је толики да њихова повреда изазива озбиљне последице, од којих је најтежа санкција неважности грађанскоправног односа. Тако, нпр., уговор који је једна страна закључила под утицајем принуде или на основу нетачних информација добијених од сауговорача (под утицајем преваре), не производи правно дејство, и уговорна страна на чију се вољу недопуштено деловало има право да га поништи.

Принципи аутономије воље и једнакости прожимају читаво грађанско право, али се њихова примена проширује и на друге области права и хуманистичких наука, са њим блиско повезане, међу којима су и медицинско право и медицинска етика. Обе научне дисциплине тичу се једног веома важног подручја живота и духовне културе савременог човека. Медицинско право, између осталог, уређује правни однос у који ступају лекар и пацијент ради

2 Из бројних објашњења аутономије појединца можемо издвојити неке заједничке елементе, без којих она не може постојати и остварити се. То су: слобода (независност од туђег утицаја) и способност свесног и вољног делања, који субјекту омогућају да слободно створи правило по коме ће се понашати, али које ће га и обавезивати. О томе в., Т. L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Fifth Ed., Oxford University Press, New York, 2001, стр. 57-61. О аутономији воље у грађанском праву в., Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазивић, *Увод у грађанско право*, ГИП Пунта, Ниш, 2008, стр. 99-102.

заштите и/или унапређења пацијентовог здравља; медицинска етика се бави вредностима које „испуњавају“ један тако осетљив однос, какав је несумњиво однос лекар-пацијент (хуманост, добротинство, поверење и међусобно уважавање и сл.).^{3 4} „Осетљивост“ односа је наметнута разлогом његовог заснивања, а то је потреба да се пацијенту пружи лекарска помоћ и нега у ситуацији угрожености његових најзначајнијих личних добара – живота и здравља. У таквој ситуацији, пацијент је забринут и, некако, предодређен да се стави у подређен положај према лекару, који се, захваљујући свом стручном знању, пацијенту „намеће“ као ауторитет. Однос снага није једнак, јер пацијенту недостаје медицинско знање, па ова асиметричност прети да угрози аутономију његове воље, коју он мора да задржи и оствари и у једном специфичном односу какав је однос са лекаром. Зато је потребно стварање претпоставки за реализацију аутономије пацијентове личности, као и заштитног механизма ако буде повређена. То је задатак права и медицинског права. Први задатак се испуњава прокламацијом посебних права пацијента – права на избор и права на информисани пристанак; други – прописивањем да је лекарева дужност да обавести пацијента о медицинској мери и да поштује његову одлуку о лечењу његова професионална обавеза, чија повреда повлачи професионалну одговорност, исто као и лекарска грешка. У овом раду анализираћемо појам и значај права на информисани пристанак и указати на могуће критеријуме у одређивању опсега обавештавања пацијента, иначе једног од најсложенијих питања савремене медицине и медицинског права.

Однос лекар-пацијент и правни положај пацијента

Исправно разумевање пацијентовог права на информисани пристанак није могуће изван контекста односа лекар-пацијент.

3 У ширем смислу, медицинско право чине правна правила којима је уређена медицинска делатност, њени носиоци и њихов однос са пацијентима, тј. корисницима здравствених услуга. Ова широка област права обухвата и право о лековима, медицинским средствима и трансфузији крви. В., Е. Deutsch, А. Spickhoff, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte recht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, стр. 4-6; Ј. Радишић. *Медицинско право*, 2. издање, Номос, Београд, 2007, стр. 23. У земљама англосаксонског права изразом *Health Care Law* – право о здравственој заштити (здравствено право), означава се шири појам који, поред медицинског права, обухвата читаву област здравственог система и све субјекте укључене у његову организацију (са нагласком на обавезе државе) и промоцију и заштиту права на добро здравље. В., Ј. McHale, М. Fox, М. Gunn, S. Wilkinson, *Health Care Law, Texts and Materials*, Second Ed., Sweet and Maxwell, London, 2007, стр. 7.

4 Правне норме којима је уређен однос лекар-пацијент су само сегмент медицинског права, али најзначајнији, најмање из два разлога. Прво, рад медицинских посленика усмерен је ка унапређењу и очувању здравља пацијента, речју, њихова делатност стављена је у службу добробити пацијента. Друго, у центру здравственог система, којим се бави медицинско право, налази се пацијент, као најважнији субјект и корисник услуга (терапијских и нетерапијских) које пружа овај систем.

Однос лекар-пацијент је уговорне природе,⁵ тако да се и на њега примењују поменута начела грађанског права о аутономији воље и равноправности субјеката односа. Природа односа лекар-пацијент је, ипак, другачија у односу на остале грађанскоправне односе, због чега се и примена ових начела модификује не би ли се боље остварила сврха због које је настала веза између пацијента и лекара.

Ваља, најпре, имати на уму да је однос између лекара и пацијента асиметричан,⁶ јер у њему доминира улога лекара, медицинског стручњака, док је пацијент, по правилу, лаик у овој области. И поред тога, ова фактичка неравноправност се не сматра повредом начела једнакости, под условом да лекар не злоупотреби своје знање и стави пацијента у положај објекта над којим се спроводи медицински третман, уместо да га посматра као субјекта, чија је воља за њега закон и услов предузимања било које медицинске мере. Савремена медицина и медицинско право не допуштају наметање воље пацијенту, нити замену његове одлуке о лечењу лекаревом проценом да одређену меру, будући да је у најбољем здравственом интересу пацијента, треба применити и када јој се пацијент противи.

Напуштањем патернализма,⁷ савремена медицина и медицинско право су лекара и пацијента ставили у положај равноправних партнера, упућених на међусобну сарадњу, јер је то у интересу пацијента и поуздан пут до повољног исхода третмана. Лекара и пацијента уједињује исти циљ коме теже - излечење и/или унапређење пацијентовог здравственог стања - па су и њихова међусобна права и обавезе стипулисани тако да одговоре овом сложеном задатку.⁸ Пацијент треба да обавести лекара о својим тегобама и тренутном здравственом стању,

5 Е. Deutsch, А. Spickhoff, нав. дело, стр. 55. Само изузетно, медицинској интервенцији неће претходити закључење уговора између пацијента и лекара. Тако је у хитним случајевима угрожености пацијентовог живота, који је без свести, па се не може изјаснити о медицинској интервенцији. У таквим, витално индикованим стањима, предузимају се мере за спашавање његовог живота; оне су очигледно у његовом интересу, па се претпоставља да би се са њима сагласио да је у могућности. У таквим ситуацијама, однос лекар-пацијент је вануговорни, а лекар поступа као незвани вршилац туђих послова.

6 Тако, Ј. Радишић, нав. дело, стр. 71.

7 Патерналистички принцип у медицини један је од првих, најпознатијих приступа у лечењу, у чијем је средишту добробит пацијента и претпоставка да лекар увек најбоље зна шта је корисно за пацијента, боље и од њега самог. Супротан овом принципу је принцип аутономије, на коме се заснива савремени третман пацијената, док се патернализму прибегава само у изузетним случајевима. Више у: Т. L. Beauchamp, J. F. Childress, нав. дело, стр. 176-194; J. McNale и др., нав. дело, стр. 121-128.

8 У регулисању садржине уговора о лекарској услузи, тј. међусобних права и обавезе лекара и пацијента, законодавац се мора послужити правилима медицинске науке и струке. Лекар је дужан да предузме оне мере и радње које чине достигнути медицински стандард и, од струке, прихваћен метод лечења дијагностификованог обољења. Шта се сматра прихваћеним стандардом и поступањем *lege artis*, одређује се према медицинским мерилима, а суд их, у случају спора, сазнаје уз помоћ вештака. Са друге стране, обавезе пацијента су,

саопштавајући му конкретан повод обраћања; лекар је дужан да утврди и пацијенту саопшти природу болести (дијагнозу), као и да предложи начин лечења, указујући му на изгледе третмана⁹ и могуће ризике. Одлуку о лечењу доноси пацијент, и то је његово искључиво овлашћење, зајемчено у форми права на информисани пристанак. Каже се да лекара на лечење не овлашћују медицински разлози, већ воља онога кога се тиче,¹⁰ а то је пацијент. Воља имплицира пацијентову сагласност или пристанак, јер важи правило „*salus et voluntas aegroti suprema lex*“ (здравље и воља пацијента су највиши закон). Пристајући на лечење, пацијент остварује право самоодређења и самоодлучивања у односу на властито тело, а лекар, поштујући пацијентову одлуку, поштује и његово достојанство и аутономност личности. Стога је за сваку медицинску интервенцију потребан пацијентов пуноважан пристанак, који испуњава овај услов само ако га је дао обавештени пацијент, коме су предочени разлози, сврха и ризици предложеног третмана.

Инсистирање на сагласности пацијента са медицинском мером оставља простор за сукоб интереса лекара и пацијента. Лекар, по природи свог позива, има „заповест“ да лечи. Дужност старања о пацијенту је налог који је, опредељењем за медицинску професију, лекар добио од друштвене заједнице и у чијем обављању је неопходна извесна слобода избора лечења и, са њом повезано, дискреционо одлучивање. Још од времена Хипократа, у средишту медицинског позива и медицинске етике налази се заповест упућена лекарима да учине све што је потребно за добробит пацијента. Хипократова заклетва сведочи о томе: „Заветујем се да ћу лечити да бих помогао болесном, сходно свом знању и процени, али никада да бих болесног повредио или му нашкодио“. На њу ће се позвати готово сваки лекар суочен са приговором да не уважава довољно пацијентово право на самоодређење, обликовано у овлашћење да одлуку о предложеном медицинском третману донесе сам, независно од било чијег утицаја, па и лекаревог. Посебно ће лекари склони патерналистичком приступу у лечењу пацијената Хипократову заклетву користити као средство одбране, и рећи да је њихова прва дужност *primum nil nocere* - да не шкоде пацијенту - јер је његово здравље најважније (*salus aegroti suprema lex est*). Лекарева је дужност, па и право, да очува здравље свог пацијента, ако је потребно, и против његове воље, јер је то у његовом најбољем интересу. Као што су родитељи овлашћени

суштински, његове дужности, које треба да испуни, не зато што је њихово неиспуњење правно санкционисано, већ зато што су у његовом интересу.

9 Ради се о стручном предвиђању резултата лечења, али без гаранције успеха, јер, правно посматрано, лекар има обавезу средства а не циља или резултата. Изузетно, његова обавеза може постати обавеза циља, нпр., ако треба да обави лабораторијске анализе, а по неким, и ако врши естетску операцију. Више, Е. Deutsch, А. Spickhoff, нав. дело, стр. 73-76; Ј. Радишић, нав. дело, стр. 89-91.

10 Ј. Радишић, нав. дело, стр. 94.

да некада одлуче независно од воље своје деце, или противно њој, јер тако захтева најбољи интерес деце, тако и лекар може да примени одређену меру не консултујући пацијента, ако та мера доприноси његовом здрављу (принцип добробити пацијентове).¹¹

Са друге стране је интерес пацијента да остане „свога тела господар“¹² и да одлуке о свом животу и здрављу доноси самостално и слободно. Ово пацијентово овлашћење израз је права на самоодређење и самоодлучивање, која припадају сваком људском бићу. У пољу здравствене заштите, израз права на самоодређење је пацијентово право на информисани пристанак, коме мора да претходи лекарево одговарајуће обавештење о смислу, садржају и домашају медицинског захвата. Управо се информисањем пацијента савладава „сукоб интереса“ са лекаром, који је могућ због њихових битно различитих овлашћења и обавеза, и омогућава да обе стране у односу лекар-пацијент остваре своје улоге.¹³ Лекар информише пацијента о медицинском третману који сматра индикованим у конкретном случају, а пацијент га овлашћује на лечење, након што је, на темељу добијених обавештења, одмерио разлоге „за“ и „против“ подвргавања предложеном третману.¹⁴ Пацијентово право је и да одбије лечење, па и витално индиковано, и лекар мора поштовати такву одлуку, чак и ако очигледно није у најбољем интересу пацијента.

11 У савременој медицини је патерналистички однос превазиђен као прихватљиво понашање према пацијенту, осим ако је он малолетан или, због свог душевног здравља, није способан да разумно и промишљено одлучује о свом здрављу. Уместо ових лица, одлуке доносе њихови родитељи, тј. старатељ, руковођени њиховим најбољим интересима, и то се не сматра недопуштеним утицајем на слободу њихове воље и аутономан избор, јер они и немају правно ваљану способност самосталног одлучивања. У мери у којој могу да разумеју смисао медицинске интервенције, овим пацијентима се ипак мора омогућити да учествују у доношењу одлуке о њеном предузимању (в. чл. 7. Универзалне декларације о биоетици и људским правима из 2005). Трагови патернализма се препознају и у лечењу лица без свести, код којих хитност ситуације и стање у коме су примљени у болницу, налаже поступање искључиво на основу лекареве стручне процене о најбољој медицинској мери за збрињавање таквих пацијената.

12 Ј. Радишић, „Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције“, у: С. Цековић Вулећић, Н. Ђурђевић, З. Кандић Поповић, В. Кеџман, В. Клајн Татић, Ј. Круљ, Х. Мујовић Зорнић, Ј. Радишић, *Медицинско право*, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 1998, стр. 29.

13 Е. Deutsch, А. Spickhoff, нав. дело, стр. 163.

14 Обавештавањем пацијента, асиметричност односа лекар-пацијент, у коме лекар има доминантну улогу захваљујући посебном знању, добија битно другачији смисао. Лекар је дужан да своје знање стави у службу свог пацијента и да му саопшти потребне чињенице о мери коју предлаже, али и да му препусти да одлуку сам донесе. У томе је суштина новог, аутономистичког приступа у лечењу, у коме је лекар пацијентов саветник, који му, својом стручношћу и искуством, помаже да оствари право самоодлучивања.

Појам, порекло и смисао информисаног пристанка пацијента

Пацијентов информисани пристанак је кључни појам у савременој медицини, биоетици и медицинском праву; то је етички и правни принцип, прерастао у основно право пацијента, око кога су концентрисана сва остала права која у здравственом систему припадају појединцу.¹⁵ Најзначајнији међународни документи у овој области, попут Унескове Универзалне декларације о биоетици и људским правима из 2005.,¹⁶ инсистирају на прибављању пацијентовог пристанка пре обављања било какве медицинске интервенције (превентивне, дијагностичке и терапеутске), јер се тако уважава његово достојанство и поштује право на самоодређење.

*„Any preventive, diagnostic and therapeutic medical intervention is only to be carried out with the **prior, free and informed consent** of the person concerned, based on adequate information. The consent should, where appropriate, be express and may be withdrawn by the person concerned at any time and for any reason without disadvantage or prejudice.“ (Article 6/1 Universal Declaration on Bioethics and Human Rights)*

Правило информисаног пристанка је принцип и домаћег права, прописано чл. 28. Закона о здравственој заштити, по коме: *„...Пацијент има право да од надлежног здравственог радника **благовремено добије обавештење које му је је потребно како би донео одлуку да пристане или не пристане на предложено медицинску меру.**“ (чл. 28. Закона о здравственој заштити).¹⁷*

Информисани пристанак је право пацијента да на основу адекватног обавештења сам донесе одлуку о свом лечењу, независно и слободно од утицаја трећих лица, укључујући и лекара.¹⁸ Дефиниција је прилично уопштена и може

15 О томе у: Х. Мујовић Зорнић, „Појам и развој пацијентових права“, *Пацијентова права и систему здравства, Србија и европске перспективе* (зборник радова), Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2010, стр. 9-38. Често се истиче да је право на информисани пристанак неодвојиво од права на избор пацијента, и да се ова два права међусобно условљавају. Пацијент има право на адекватно и разумљиво обавештење о свом здравственом стању, које му омогућава избор – да прихвати лечење или да га одбије, као и право да изабере између више различитих медицинских процедура. Ј. McNale и др., *Health Care Law, Text and Materials*, стр. 382. У здравственом систему Србије, право на избор је издвојено као посебно пацијентово право (в. чл. 29. Закона о здравственој заштити).

16 *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, усвојена 19. октобра 2005., на 33. заседању Генералне скупштине УНЕСКО-а; доступна на <http://unesdoc.unesco.org>.

17 Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005.

18 Биоетичари информисани пристанак дефинишу као добровољну и неизнуђену одлуку о прихватању или одбијању медицинског третмана, коју је донела аутономна особа, довољно способна да разуме, оцени и одлучи на основу адекватних информација. В., R. Gillon, *Philosophical Medical Ethics*, Chichester: Wiley, 1986, стр. 113; R. Faden, T. Beauchamp, „The concept of informed consent“, *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont, Wadsworth, 1994, стр. 149, нав. према: J. McNale и др., *Health Care Law, Texts and Materials*, стр. 127.

да наведе на погрешан закључак да се поштовање овог права исцрпљује у обавези лекара да укаже пацијенту на ризике предложене медицинске мере, а заправо се ради о процесу комуникације између лекара и пацијента, у коме се лекар мора уверити и да је пацијент разумео добијена обавештења, како му се не би приговорило да је повредио његово право на информисани пристанак.¹⁹ Зато је за исправно разумевање информисаног пристанка, за његово остварење и заштиту, неопходно објаснити његове елементе, јер тек они указују на сву сложеност концепта информисаног пристанка.

Најпре почнимо од самог израза.

Информисани пристанак или *informed consent* је синтагма настала и преовлађујућа у англосаксонском правном систему, чији судови су својим одлукама из спорова против лекара значајно допринели да пристанак пацијента, од идеје и етичког принципа, постане правни принцип и основно право пацијента, међународно прокламовано и заштићено.²⁰ Касније је принцип информисаног пристанка прихваћен и у земљама континенталног правног система, пре свега у Немачкој, чија судска пракса, такође, обилује одлукама којима се потврђује његов смисао и значај.²¹ У употреби је и израз пуноважан пристанак, *valid consent*, којим се наглашава његова морална основа, али и боље указује на разлог због кога се инсистира на прибављању пристанка пре било које медицинске интервенције. Саглашавајући се са мером, *пацијент даје овлашћење лекару*

19 Ово право може се повредити необавештавањем пацијента, што је ређе, јер то значи потпуно одсуство било какве информације. Повреда се најчешће састоји у неадекватном обавештавању пацијента, када недостају битне чињенице које су морале да му буду предочене, или када се пацијент сагласио са мером чију суштину није разумео.

20 Чини се да је информисани пристанак први пут поменут 1947. у САД-у, у вези са научним истраживањима на људима у области атомске енергије. Десет година касније, ова синтагма је први пут поменута и у једној судској одлуци, такође у Америци, у случају *Salgo v. Leland Stanford Jr University. B., A. Maclean*, „The Doctrine of Informed Consent: Does it exist and has it crossed the Atlantic?“, *Legal Studies*, Vol. 24, 2004, стр. 386-387. Прецедентне одлуке донете су 1957., у случају *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, и 1972. у случају *Canterbury v. Spence*. У Енглеској значај прецедента има одлука из случаја *Sidaway v. Bethlem RHG* из 1985. Њима су постављени стандарди у обавештавању пацијената, о чему више у наставку рада.

21 Сведок зачетака идеје о пристанку пацијента на интервенцију у Немачкој био је Бизмарк, у чијим је мемоарима описан покушај лекара да обави операцију грла над малолетним престолонаследником, без његове сагласности. У исто време, у другој половини 19. в., Савезни суд Немачке је донео одлуку о одговорности лекара за телесну повреду, зато што је оперисао седмогодишњег дечака противно вољи његовој оца. У одлуци је наведено да је захват у тело дечака, на који његов отац није пристао, недопуштена и противправна повреда телесног интегритета пацијента, јер се не темељи на очевој сагласности. В., Е. Deutsch, А. Spickhoff, *Medizinrecht*, стр. 164.

да је предузме, чиме правно оправдава његове поступке, без чега би се они могли квалификовати као повреда телесног интегритета пацијента и права на самоодређење.^{22 23} Пристанак на меру, поред ауторизације лекаревих поступака, значи и *преузимање ризика њеног исхода*, чије остварење није узроковано лекарском грешком, већ чиниоцима из пацијентовог организма.²⁴ Можемо рећи да пацијент остварује право самоодређења у односу на властито тело и здравље не само одлуком да се подвргне третману, већ и прихватањем правних последица такве одлуке (преузимањем одговорности за извршен избор), те тако суштински потврђује своју аутономност и слободу.²⁵

Елементи информисаног пристанка

Неки аутори указују на два елемента пристанка пацијента – обавештење и сагласност, и то је приступ немачких правних теоретичара.²⁶ Обавештење пацијента (*Aufklärung*) временски претходи пристанку и садржајно га испуњава, и обухвата адекватно информисање пацијента о медицинском третману, што је професионална обавеза лекара, и пацијентово разумевање предочених информација. Елемент сагласности (*Einwilligung*) образују одлука пацијента

22 Тако, J. McNale и др., *Health Care Law: Text and Materials*, стр. 127. Информисани пристанак не мора нужно бити и пуноважан, за који је потребно испунити већи број услова, а адекватно обавештење је само један од њих. Довољно информисани пацијент који се са лечењем сагласио под утицајем принуде, дао је информисани, али не и пуноважан пристанак, јер није испуњен услов да је његова воља слободно формирана и изражена.

23 Мање се користи израз *real consent*, који значи пристанак на основу обавештења у општим цртама о природи третмана, али не и о ризицима и алтернативама. За информисани пристанак неопходно је детаљније обавештење, а *real consent* не испуњава овај услов. Разлика између *real consent* и *informed consent* је значајна за квалификацију одговорности лекара: лекар који је обавио захват, претходно упознавши пацијента само у грубим цртама о његовој природи, није кривичноправно одговоран за телесну повреду (*battery*), јер је задовољно потребан степен информисања, али је грађанскоправно одговоран за немар (*negligence*), јер није поступао са пажњом доброг стручњака. У већини земаља лечење пацијента без пуноважног пристанка представља лекарску грешку (*medical malpractice*) и подлеже грађанскоправној одговорности. Правилно информисање пацијента сагледава се у ширем контексту, па је одговор на питање да ли је лекар довољно обавестио пацијента истовремено и одговор на питање да ли се старао о пацијенту са пажњом која се од њега, као медицинског стручњака, очекује (*duty of care*). В., А. Maclean, нав. дело, стр. 392-394; М. Brazier, „Patient Autonomy and Consent to Treatment: The Role of the Law?“, *Legal Studies*, Vol. 7, стр. 179-182.

24 Пацијент се не саглашава са остварењем ризика, већ се одриче права на накнаду штете (због повреде телесног интегритета и интимне сфере, који уживају апсолутну заштиту) за случај неповољног исхода третмана који је спроведен у складу са добром лекарском праксом (*lege artis*). В., Е. Deutsch, А. Spickhoff, нав. дело, стр. 167-168, 174.

25 У грађанском праву, наиме, нема слободе без одговорности: воља субјекта (дакле, и пацијентова), уколико је правилно формирана и слободно изражена, обавезује свог изјавиоца.

26 В., Е. Deutsch, А. Spickhoff, нав. дело, стр. 163.

да пристане или одбије лечење и, уколико пристаје, овлашћивање лекара да спроведе предложени третман.²⁷

Већина теоретичара препознаје пет елемената информисаног пристанка, који дефиницију појма чине употребљивијом са правнотеоријског, законодавног, медицинског и биоетичког аспекта. Ти елементи су: способност, обавештење, разумевање, добровољност и пристанак.²⁸ Издвајањем ових пет елемената постаје нам јасно зашто је пуноважан пристанак више од информисаног пристанка: за његову пуноважност потребно је да потиче од особе способне да схвати значај и последице својих поступака и да се понаша у складу са тим, која је довољно обавештена о медицинском третману и која разуме чињенице на темељу којих доноси одлуку, и која добровољно пристаје на предложени начин лечења.

а) *Способност* која се захтева за пуноважно саглашавање са лечењем није пословна способност, јер се не ради о правном послу. Стога, поред пунолетне особе, правно ваљани пристанак може дати и малолетни, као и пунолетни пацијент ограничене пословне способности, под условом да је у стању да разуме значај и последице медицинске мере на коју пристаје, а посебно њене ризике. Ради се о међународно прихваћеном стандарду поступања са оваквим пацијентима, који имају право да буду укључени у процес одлучивања о сопственом лечењу, сходно свом узрасту и способности рационалног поступања.²⁹ Пристанак пацијента који немају потребну способност замењује одлука њихових законских заступника, који се у њеном доношењу морају руководити најбољим интересом особе чију вољу надомештају.

Способност одлучивања мора бити праћена и способношћу пацијента да разуме добијена обавештења о медицинској мери. Разумети медицинску меру значи бити донекле упућен у њену суштину, разлог предузимања, вредност и домаћај. Другим речима, пацијент треба да зна са чиме се саглашава, шта ће се са њим дешавати и шта се може десити. У том случају, у стању је да донесе промишљену и разумну одлуку у вези са својим здрављем. Најмање три чиниоца утичу на пацијентово исправно разумевање, и само један од њих је у „зони утицаја“ пацијента. Ради се о пацијентовом менталном капацитету схватања, који је обухваћен већ објашњеном способношћу одлучивања. Друга два чиниоца

27 Пацијент се саглашава са захватом у свој телесни интегритет, пристаје и на претраге уколико су потребне (нпр., анализа крви, ХИВ-тестирање) и пристаје на ризик, који, правно посматрано, има значење одрицања од права на накнаду евентуалне штете. *Ibid*, стр. 167.

28 T. L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, стр. 79.

29 В., нпр., чл. 7. УНЕСКО-ове Универзалне декларације о биоетици и људским правима, Конвенцију УН о правима детета, којом се детету признаје право исказивања мишљења о свакој одлуци коју о њему доносе старији, као и право да се ово мишљење узме у обзир. Ради се о посебној, консултативној способности, која је детету способном да формира своје мишљење призната и нашим Породичним законом (чл. 65) и Законом о здравственој заштити (чл. 35. ст. 3. детету које је навршило 15 година и способно је за расуђивање признаје се право да само да пристанак на предложену меру).

се тичу информација које треба да поткрепе одлуку о лечењу, њиховог опсега и начина обавештавања.

б) Правни поредак инсистира на *обавештеном пристанку пацијента*, таквом коме је претходило **довољно и адекватно обавештење** о суштини, смислу и циљу планиране медицинске мере, који је пуноважан само у границама добијених информација. Право самосталног одлучивања о лечењу је лишено сваког смисла уколико му не претходи адекватно обавештавање пацијента о природи, смислу и разлозима медицинског захвата. Обавештавање пацијента је професионална обавеза лекара, који треба пацијенту да обезбеди довољно информација за квалитетно одлучивање и његов пристанак на лечење учини информисаним пристанком. Лечење необавештеног или неадекватно обавештеног пацијента води квалификацији захвата у његово тело правно недопуштеном радњом и разлогом лекареве кривичне или грађанскоправне одговорности.³⁰ Уколико бисмо се задовољили пристанком пацијента на лечење, без инсистирања да то буде информисан пристанак, задржали бисмо пацијента у инфериорном положају према лекару, и повредили начело равноправности субјеката грађанскоправног односа, на коме је утемељен и однос лекар-пацијент. Обавештавање пацијента пре предузимања било каквог облика медицинског третмана је правни императив савремене медицине, а одређивање опсега информисања – задатак права.³¹

в) *Опсег обавештења* која треба дати пацијенту да би његов избор и одлука о лечењу били квалитетни представља једно од најсложенијих питања са којим се медицински посленици сусрећу у свакодневној пракси, али одговор не сме бити препуштен искључиво њиховом суду и оцени. Јер, колико да је ово питање медицинско, оно је исто толико и етичко и правно, и предмет је живе расправе, посебно о критеријуму којим треба одредити да ли је задовољен захтев адекватног информисања пацијента. У зависности од тога да ли је питање постављено лекару или правнику, предлаже се критеријум, тј. стандард процене разумног лекара или стандард разумно обазривог пацијента, оба уобличена у пракси америчких судова.

30 Управо је повод већине поступака против лекара у САД-у било лечење без претходног обавештења пацијента о природи, користима и ризицима медицинске интервенције, тако да се идеја о информисаном пристанку пацијента „родила“ у овом контексту утврђивања лекарске одговорности.

31 Обавештење може изостати само изузетно, зато што постоје разлози за тзв. терапеутску привилегију, затим ако је пацијент већ обавештен, у шта се лекар мора уверити пре него што „ускрати“ информације, или је у стању привремене (несвесно стање, стање шока) или трајне неспособности схватања информација (малолетне и особе компромитиваног менталног стања). Тада је лекар дужан да потребне информације саопшти оним лицима која су овлашћена да одлучују уместо њих. В., Т. L. Beauchamp, J. F. Childress, нав. дело, стр. 98-103; J. K. Mason, G. T. Laurie, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Eight Ed., Oxford University Press, New York, 2011, стр. 65-75.

Стандард разумне процене лекара (*reasonable doctor standard*) заснива се на мишљењу припадника медицинске струке прихваћеном као добра лекарска пракса о томе шта пацијенту треба рећи, а шта, евентуално, ускратити. Он је усмерен ка пацијентовом здрављу и добробити, па захтева обавештавање пацијента у мери у којој му се омогућује да донесе одлуку која највише доприноси његовом здравственом стању.³² У случају спора, суд упоређује поступак ординирајућег лекара са оним што се сматра добром лекарском праксом о обавештавању пацијената, и утврђује да ли је лекар поступио сагласно тој пракси. О доброј лекарској пракси обавештавања пацијента суд се информише од припадника медицинске струке, често склоне схватању да је то искључиво медицинско питање и да право ту нема шта да тражи. Такав став је неприхватљив; уколико медицинска струка контролише шта и колико пацијент треба да зна, онда он, суштински, и нема слободу да одлучи да ли да пристане или одбије лечење.³³ Управо је то најважнији аргумент оних који се залажу за примену другог критеријума или *стандарда разумно обазривог пацијента* (*reasonable (prudent) patient standard*).³⁴ Применом тог критеријума, опсег информација се утврђује хипотетички, према томе шта би разумно обазрива особа, да се налази у положају у коме се налази конкретни пацијент, сматрала значајним чињеницама које јој треба саопштити и на којима би утемељила одлуку да прихвати или одбије предложену медицинску меру. Критеријум се темељи на етичком императиву поштовања људске личности и њеног права на самоодређење и аутономно одлучивање, због чега је опсег информисања одређен на основу онога што би разумно обазрива особа сматрала важним чињеницама, прилагођен је пацијенту и његовој аутономној одлуци, која се мора поштовати, чак и ако, са медицинског становишта, није најбоља за његово здравље. У примени овог стандарда могући су проблеми, узроковани апстрактношћу и тешкоћом дефинисања његових кључних појмова – разуман пацијент и значајне чињенице, што га може учинити практично неупотребљивим.³⁵

32 Овај критеријум је формулисан 1957., у случају *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, па је познат и као *Bolam*-тест. По овом критеријуму, лекар није поступао непажљиво уколико је пацијента обавестио у мери која одговара пракси коју су прихватили медицински стручњаци из исте области којој припада и дотични лекар. В., А. R. Maclean, „The Doctrine of Informed Consent: Does it exist and has it crossed the Atlantic?“, *Legal Studies*, Vol. 24, 2004, стр. 394.

33 J. Montgomery, „Power/Knowledge/Consent: Medical Decisionmaking“, *Modern Law Review*, Vol. 51, 1988, стр. 247.

34 Критеријум је формулисан у случају *Canterbury v. Spence* из 1972., и познат је као *Canterbury*-доктрина. Видети анализу случаја и коментар судске одлуке у: А. R. Maclean, „The Doctrine of Informed Consent: Does it exist and has it crossed the Atlantic?“, стр. 395-396.

35 J. Montgomery, „Power/Knowledge/Consent: Medical Decisionmaking“, стр. 81-83. Постоји и трећи критеријум, тзв. *субјективни стандард* (*particular patient standard*), по коме се опсег релевантних информација прилагођава сваком појединачном пацијенту. Лекар је дужан

Постизање сагласности око прихватљивог стандарда обима обавештавања пацијента је интерес читаве друштвене заједнице, и зато га је најбоље одредити на основу правних, медицинских и етичких правила заједно. Најбоље решење је законско прецизирање чињеница које је лекар дужан да саопшти пацијенту, јер се избегава арбитрарност а постиже максимална извесност и правна сигурност, и за лекара и за пацијента. То није често, а наш Закон о здравственој заштити спада у мањи број таквих закона. У чињенице на које пацијент има право спадају: 1) дијагноза и прогноза болести; 2) кратак опис, циљ и корист од предложене медицинске мере, време њеног трајања и могуће последице ако се не предузме, тј. ако се предузме; 3) врста и вероватноћа могућих ризика, болне и друге споредне или трајне последице; 4) алтернативне методе лечења;³⁶ 5) могуће промене пацијентовог стања након предузимања предложене медицинске мере, као и могуће нужне промене у начину живота пацијентовог; 6) дејство лекова и могуће споредне (нежељене) последице тог дејства (чл. 28. ст. 2. Закона).

У већини земаља опсег обавештења законодавац је одредио правним стандардом (европскоконтинентални правни систем) или га је створила судска пракса (англоамерички правни систем), и то према томе да ли је у пољу здравствене заштите важније заштити пацијентову аутономију воље или здравствену добробит.³⁷ У правима европских земаља преовлађује „стандард разумне процене лекара“, у чијој се примени, као што је већ наведено, суд ослања на стручно мишљење лекара и добру лекарску праксу. Изузетак представљају Немачка и Швајцарска, чији се правници придружују мишљењу колега из Северне Америке, те задовољавајући опсег информисања утврђују стандардом разумно обазривог пацијента.³⁸

Прихватање било ког од „метода“ одређивања опсега обавештавања – законског одређивања чињеница или одређивања у сваком конкретном случају, према унапред познатом правном стандарду – у пракси захтева додатно прецизирање и прилагођавање конкретном пацијенту.

Свака законска норма, па и она којом су прописане чињенице чије саопштавање поткрепљује пацијентову одлуку о лечењу, апстрактно је правило, креирано да одговара највећем броју (типичних) случајева, па га је потребно

да саопшти оне информације које његов пацијент треба и хоће да зна, под условом да се оправдано може очекивати да он зна какви су пацијентови захтеви у вези са обавештавањем.

36 Упознавање пацијента са алтернативама, уколико их има, омогућава му суштинско остварење *права на избор*, без чега се он опредељује једино између прихватања или одбијања третмана. На овом примеру видимо оправданост става да право на информисани пристанак мора пратити и право на избор. Видети нап. 15.

37 В. Клајн Татић, „Пристанак ‘обавештеног пацијента’ на медицинску интервенцију“, *Пацијентова права у систему здравства: Србија и европске перспективе* (зборник радова), Београд, 2010, стр. 43.

38 В., *Ibid*, стр. 44-46.

конкретизовати, прилагођавањем садржине и начина обавештавања природи болести и конкретном пацијенту (његовом психичком и емоционалном стању, социјалном статусу, образовању, стању у коме се налази у време давања обавештења), и саопштити речима које разуме. Ова констатација подједнако важи и за употребу правног стандарда. Нема чврстог мерила, али има смерница одређених у судској пракси. Начелно, обим и степен прецизности обавештења су обрнуто пропорционални нужности медицинске интервенције и повољном исходу лечења. Није потребно обавештење о свим ризицима који се могу замислити, већ о типичним ризицима, карактеристичним за предложени захват. О атипичним ризицима пацијент се обавештава у зависности од њихове учесталости, али и значају који би, да се реализују, имали за тог пацијента.³⁹ У судској пракси Немачке и Аустрије формиран је став да што су ризици типичнији и специфичнији за одређени захват, потребно је и да обавештење буде подробније. На опсег обавештења утиче и хитност предузимања мере, па је дозвољено да се неодложна интервенција, посебно ако је пацијент животно угрожен, предузме уз скромније обавештење, а када хитност поступања налаже – и без претходно датих информација (претпостављени пристанак). О ризицима захвата који није од виталног значаја за пацијента и предузима се на његов захтев, рецимо естетска операција, пацијенту треба дати детаљно обавештење, указати му чак и на веома ретке компликације.⁴⁰

г) Обавештење треба да је потпуно, али и дато *благовремено*. Осим у изузетним ситуацијама, пацијенту се, у зависности од врсте третмана, мора оставити довољно времена за размишљање и одлучивање. Само промишљена и на довољним информацијама заснована одлука, представља прави израз његове воље да се подвргне медицинском третману, али и да преузме ризик захвата коме се добровољно подвргава. Важан је и начин на који су саопштене информације. Пацијент има право да добије обавештења на језику који разуме, дакле, и право на преводиоца, ако не разуме језик на коме му се лекар обраћа, док глувонеми пацијент има право на тумача.⁴¹ Пацијент је овлашћен на *разумљиво обавештење*, зато што је, по правилу, лаик и о медицинском захвату, са којим

³⁹ У једној одлуци суда у Канади изражено је схватање да је лекар дужан да укаже пацијенту чак и на ризик чије је вероватноћа наступања мања од 10%, уколико би остварење тог ризика било изненађујуће за тог пацијента и имало веома озбиљне последице. У конкретном случају, хирург није обавестио пацијента да постоји 4% вероватноће смртог исхода операције и 10% вероватноће можданог удара, а ради се о веома озбиљним последицама које би сигурно утицале на пацијентову одлуку да се подвргне операцији. В., *Reibl v. Hughes* (1980) у: Ј. McNale и др., нав. дело, стр. 378.

⁴⁰ В., В. Клајн Тагић, нав. дело, стр. 46-48; Ј. Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд, стр. 101-102; Видети и: Е. Deutsch, А. Spickhoff, *Medizinrecht*, стр. 184-190, са примерима из немачке судске праксе; Ј. McNale и др., нав. дело, стр. 372-397, са примерима из енглеске и америчке судске праксе.

⁴¹ В., чл. 28. ст. 4. Закона о здравственој заштити.

треба да се сагласи или не сагласи, не зна ништа или не зна довољно. Лекар треба да прилагоди свом пацијенту не само опсег информација, већ и начин саопштавања, водећи рачуна да и превише информација или неодмерена употреба стручних израза могу да нашkode комуникацији са пацијентом и угрозе његово право на самоодређење исто као и недовољно или неадекватно обавештење.

Закључак

Сагласност пацијента је предуслов сваке медицинске интервенције, и лекар је дужан да је прибави пре него што започне са лечењем. Пристанак пацијента је етички и правни императив, коме се у савременој медицини и биоетици додаје атрибут „информисани“, и тиме указује на његову садржајну компоненту. Право је пацијента да, на темељу одговарајућих информација, самостално и независно од туђег утицаја донесе одлуку о предложеном медицинском захвату, која може бити пристанак или одбијање лечења. Лекар и други медицински посленици укључени у лечење дужни су да поштују одлуку пацијента, јер је израз његове слободне воље, а то је обавеза и свих трећих лица, попут пацијентовог партнера, сродника, пријатеља. Повреда обавезе обавештавања пацијента, необавештавањем или неодговарајућим обавештењем, представља разлог одговорности лекара, поред грешке у лечењу. Пацијент има право на накнаду штете због повреде права на заштиту телесног интегритета и права на самоодређење. Чак и ако је захват био успешан, али предузет без сагласности или на основу недовољног обавештења, пацијент би, по Закону о облигационим односима, имао право на задовољење и новчану накнаду нематеријалне штете уколико му је повреда слободе и права личности проузроковала душевне болове (чл. 200. ст. 1. ЗОО). Тиме се још једном потврђује да за лечење није одлучујућа медицинска индикација лечења, већ воља пацијента. Једино воља, слободно формирана и поткрепљена адекватним информацијама, чини правно допуштеним захват у пацијентова лична добра – тело и здравље – зато што важи правило *Volenti non fit iniuria*.

Признањем принципа информисаног пристанка, правилима међународног и унутрашњег права, потврђује се ексклузивност права човека да одлучује о својим личним добрима, тј. његово право на самоодређење. Ово је неотуђиво људско право, утемељено у уставној гарантини неприкосновености људске личности, и његов је смисао у омогућавању пацијенту да самостално одлучује хоће ли се и којем лечењу подвргнути. Уважавањем пацијентовог избора, лекар истовремено поштује и његово достојанство и манифестовану аутономију воље.

Дуго времена је било потребно да се пацијенту призна право самосталног одлучивања о властитом здрављу, током кога је информисани пристанак био и оспораван и брањен, да би данас добио заслужени статус посебног, личног

права пацијента. Уобличавање принципа информисаног пристанка започето је у судским поступцима које су незадовољни пацијенти покретали против својих лекара, најпре, захтевајући да се утврди њихова кривична одговорност због телесне повреде, да би се касније прешло на испитивање да ли је лекар, који је лечио пацијента без пуноважног пристанка, повредио своју обавезу пажљивог старања о пацијенту, тј. да ли је грађанскоправно одговоран. Данас се само изузетно лекарева одговорност утврђује кривичноправним правилима (нпр., због несавесног лечења), док је грађанско право постало уобичајени „терен“ на коме се решавају сва спорна питања која се постављају у случају повреде пацијентовог права на аутономан избор и одлучивање о властитом лечењу.

У савременом праву, биоетици и медицини постигнут је, дакле, консензус о праву пацијента на самостално одлучивање о свом здрављу, па је мало оних који су спремни да га оспоре одрживим аргументима. Дебата се, међутим, концентрисала око другог, веома важног питања – опсега информисања пацијента, тј. шта и колико треба рећи да би пристанак био информисан и пуноважан, и ту је заинтересованим странама теже да постигну сагласност. Опсег информисања се најчешће утврђује помоћу правних стандарда, међу којима су се издвојили стандард разумне процене лекара и стандард разумно обазривог пацијента. Прихваћеност једног или другог стандарда зависи од односа друштва, оличеног у правном пропису или судској пракси, према томе да ли је у пољу здравствене заштите важније заштити пацијентову здравствену добробит или аутономију његове воље. Без обзира на то опредељење, важно је инсистирање на обавештавању пацијента, као услову сваког медицинског захвата, а да ли је обавештење било и адекватно, последњу реч рећи ће суд.

Лечење пацијента противно његовој вољи или без претходног тражења сагласности допуштено је само у изузетним околностима, у којима он није у стању да се изјасни о медицинском захвату (бесвесно стање) или је његова воља у толикој мери компромитована да није способан за промишљено одлучивање (душевна болест, сенилност). Постојање оправданих околности за лечење пацијента без претходног пристанка не сме се утврђивати произвољно и од случаја до случаја, већ мора бити правно регулисано, јер се тако спречава нарушавање пацијентове аутономије заменом његове одлуке туђом проценом о потреби лечења и у оним околностима које нису правно оправдане.

Резиме

Сагласност пацијента је предуслов сваке медицинске интервенције, и лекар је дужан да је прибави пре него што започне са лечењем. То је етички и правни императив, коме се у савременој медицини и биоетици додаје атрибут „информисани“, и тиме указује на његову садржајну компоненту. Право је пацијента да, на темељу одговарајућих информација, самостално и независно

ПРАВО НА САМООДРЕЂЕЊЕ, АУТОНОМИЈА ВОЉЕ И ПРАВО ПАЦИЈЕНТА НА ИНФОРМИСАЊИ.

од туђег утицаја донесе одлуку о предложеном медицинском захвату, која може бити пристанак или одбијање лечења. Признањем принципа информисаног пристанка, правилима међународног и унутрашњег права, потврђује се ексклузивност права човека да одлучује о својим личним добрима, тј. његово право на самоодређење. Ово је неотуђиво људско право, утемељено у уставној гарантини неприкосновености људске личности, и његов је смисао у омогућавању пацијенту да самостално одлучује хоће ли се и којем лечењу подвргнути. Уважавањем пацијентовог избора, лекар истовремено поштује и његово достојанство и манифестовану аутономију воље.

Савремени приступ у лечењу пацијента или обављању медицинске интервенције друге врсте почива на принципу слободног одлучивања *информисаног пацијента*. Данас ово пацијентово право не наилази на отпор, али далеко од тога да су његовим признањем решене све недоумице. Тежиште проблема пребачено је на друго веома важно питање – питање опсега информисања пацијента, тј. шта и колико треба рећи да би пристанак био информисан и пуноважан, и ту је заинтересованим странама теже да постигну сагласност. Опсег информисања се најчешће утврђује помоћу правних стандарда, међу којима су се издвојили стандард разумне процене лекара и стандард разумно обазривог пацијента. Прихваћеност једног или другог стандарда зависи од односа друштва, оличеног у правном пропису или судској пракси, према томе да ли је у пољу здравствене заштите важније заштити пацијентову здравствену добробит или аутономију његове воље. Без обзира на то опредељење, важно је инсистирање на обавештавању пацијента, као услову сваког медицинског захвата, а да ли је обавештење било и адекватно, последњу реч рећи ће суд. Лекарев поступак којим је повређена обавеза обавештавања пацијента (необавештавањем или неодговарајућим обавештењем), може представљати разлог лекареве одговорности, поред грешке у лечењу. Пацијент има право на накнаду штете због повреде права на заштиту телесног интегритета и права на самоодређење, чак и ако је захват био успешан. Тиме се још једном потврђује да за лечење није одлучујућа медицинска индикација лечења, већ воља пацијента. Једино воља, слободно формирана и поткрепљена адекватним информацијама, чини правно допуштеним захват у пацијентова лична добра – тело и здравље – зато што важи правило *Volenti non fit iniuria*.

Ivana Simonović, LL.M.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

***The Right to Self-determination, the Autonomy of Will
and the Patient's Right to Informed Consent***

Summary

*The free initiative of private individuals is an expression of one of the basic civil law principles - the principle of autonomy of will (private autonomy) as well as of one of the basic human rights - the right to self-determination. In the field of health care, private autonomy is expressed through the patient's right to informed consent. This firm ethical and legal principle (which is a widely acknowledged international standard and a part of the Serbian national legislation) means that any medical intervention needs to be preceded by the patient's consent. The only valid consent is the informed consent which is preceded by relevant and comprehensive information on the nature, substance and purpose of the proposed medical treatment, and which is given by a person who has a capacity to understand what he/she consents to. The given information should be complete and timely (including information about the diagnosis, prognosis, treatment, alternative treatment, risks and benefits). The scope of information can be determined by the legislator (like in Serbia) or by applying one of two legal standards – the reasonable doctor standard or reasonable (prudent) patient standard. In case there is a dispute whether the doctor has obtained an informed consent from a patient, this issue is to be decided in a court of law. In addition to medical malpractice, the infringement of duty to inform a patient is a legal ground for the doctor's liability. Even if the procedure has been successful but performed without a prior consent or upon incomplete information, under the Serbian Obligation Relations Act, a patient is entitled to seek damages for a violation of his/her right to physical integrity and self-determination. Thus, the Serbian legislator has confirmed once again that the patient's will is the decisive element in the medical treatment rather than the medical indication. Given the *volenti non fit iniuria* rule, it is only the patient's free will supported by relevant information that justifies and allows for the interference with the patient's most valuable assets - body and health.*

Key words: *autonomy of will, right to self-determination, patient's informed consent, scope of information.*

ПОВРЕДА ОСНОВНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА У ПОСТУПКУ ПРЕД ДОМАЋИМ СУДОМ – ОСВРТ НА ПРЕСУДУ ЕВРОПскоГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРЕДМЕТУ В.А.М. ПРОТИВ СРБИЈЕ¹

Апстракт: *Случај В.А.М. против Србије први је предмет пред Европским судом за људска права у коме је донета пресуда којом се Републици Србији налаже плаћање новчане накнаде подносиоцу представке, због вишеструке повреде основних људских права у поступку пред домаћим судом, зајемчених Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Сагледавајући значај саме пресуде кроз анализу њених различитих аспеката, у раду настојимо указати на њен домаћај у погледу актуелизације питања о неопходности обезбеђивања инструмената за квалитетније и ефикасније пружање правне заштите у поступцима пред домаћим судовима. Ова пресуда била је „иницијална каписла“ да се после дугогодишњег затварања очију пред бројним проблемима домаћег правосуђа, коначно предузму кораци ка разоткривању аномалија у нашем правосудном систему и предузму системске мере за обезбеђивање делотворног механизма правне заштите и остваривања правде у судском поступку.*

Кључне речи: *Европски суд за људска права, заштита људских права, ефикасан судски поступак.*

Увод

Након ступања у чланство Савета Европе 2003. године, Државна заједница Србија и Црна Гора ратификовала је Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године², која је у односу на њу ступила на

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

2 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

правну снагу 03. марта 2004. године, по депоновању инструмента о ратификацији. Потврђивањем Конвенције наша земља прихватила је систем заштите људских права и основних слобода предвиђен Конвенцијом, као и надлежност Европског суда за људска права која се протеже на све предмете који се тичу тумачења и примене Конвенције и протокола донетих уз њу. Тиме је отворен пут за грађане, невладине организације и групе лица да се за правну заштиту обратe угледном међународном суду, када су у поступцима пред домаћим органима повређена Конвенцијом зајемчена људска права.³

Иако је европски механизам заштите људских права супсидијарног карактера у односу на системе заштите установљене националним законодавствима, а одлуке Суда немају ни касаторно, ни ревизионо (преиначавно) дејство у односу на правноснажне пресуде националних судова, нити се њима могу ставити ван снаге одредбе домаћих закона, њихов правно-политички значај је огроман. Одлуке Европског суда за људска права делују снагом ауторитета, али и аргумената, те их државе потписнице Конвенције, по правилу, поштују и добровољно извршавају, настојећи да свој систем заштите људских права уобличи у складу са ставовима Суда. Ни Република Србија у томе није изузетак.⁴

Овим радом чинимо осврт на једну од првих пресуда Европског суда за људска права у поступку против наше земље, у предмету *В.А.М. против Србије*. Пресуда је у домаћим стручним и политичким круговима имала великог одјека, јер је указујући на бројне аномалије, које ће у раду нарочито бити истакнуте, пољуљала стубове постојећег система правне заштите. Опредељење да детаљније анализирамо овај случај црпемо из жеље да укажемо на вишеструки

права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, „Сл. лист СЦГ“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр. У раду ће алтернативно бити коришћен термин Конвенција или скраћени назив: Европска конвенција о људским правима, који је одомаћен у нашој како стручној, тако и широј јавности.

3 До почетка 2011. године Европски суд за људска права у Стразбуру мериторно је решио 49 предмета у односу на Републику Србију. Само у три случаја није утврђена ниједна повреда Конвенције. Податак преузет са интернет странице: http://www.zastupnik.gov.rs/dokumenti/izvestaj_o_radu_zastupnika_jun-dec_2010.pdf. Сајт посећен: 29.09.2011. године.

4 Детаљније о надзору над извршавањем одлука Европског суда за људска права и евентуалним санкцијама за њихово неизвршавање видети: С. Царић, Извршавање пресуда Европског суда за људска права и надзор над Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Рад је доступан на интернет адреси:

http://www.ecmi.de/doc/Implementing_Human_Rights/Srpski/Izvestavanje%20i%20monitoring/Trening/Prezentacije/Evropski%20sud.pdf. Сајт посећен: 20. 09. 2011. године.

значај донете пресуде и на утицај који је она извршила у процесу усавршавањем система заштите људских права, посматрано и кроз призму актуелних тежњи и мера које су на том пољу предузете последњих година.

I Предмет В.А.М. против Србије (Представка бр. 39177/05)⁵

Предмет је формиран на основу представке В.А.М. од 28. октобра 2005. године, коју је пред Судом заступао Комитет правника за људска права (ЈУКОМ), против Државне заједнице Србија и Црна Гора, чији је правни следбеник од 03. јуна 2006. године Република Србија, а на основу чл. 34 Европске конвенције о људским правима. У складу са чл. 47 ст. 3 Пословника Суда, председник Већа прихватио је образложени захтев подносиољке представке да њен идентитет не буде откривен како би се сачувала њена и приватност чланова њене породице.

Подносиољка представке обратила се Европском суду за људска права са захтевом да Суд утврди да јој је у парничном поступку који је покренула пред (тадашњим) Четвртим општинским судом у Београду повређено право на суђење у разумном року,⁶ право на поштовање приватног и породичног живота,⁷ право на делотворан правни лек,⁸ као и да је била жртва дискриминације у судском поступку по основу заразне болести од које је оболела.⁹ Због посебног значаја предмета поступка за подносиољку представке Суд је овом случају одмах доделио статус приоритета.

а) Чињенице - околности предмета и поступак пред домаћим судом

Подносиољка представке се 1994. године венчала са Д.М. а 1995. године добили су кћер С.М. Брачни проблеми наступили су 1998. године, након што су супружници сазнали да је подносиољка представке заражена вирусом ХИВ. Убрзо након тога дошло је до трајног престанка заједнице живота међу супружницима. Малолетна кћерка С.М. остала је код оца, који је подносиољки представке онемогућавао било какав контакт са њом, а детету је казао да је њена мајка умрла.

⁵ Предмет се може пронаћи у публикацији: Пресуде и одлуке Европског суда за људска права у предметима против Србије, Београд, 2008, стр. 199-230.

⁶ Право на суђење у разумном року један је од елемената права на правично суђење (right to a fair trial), као једног од основних људских права предвиђених чл. 6 Европске конвенције о људским правима, које представља медијум заштите осталих права и слобода и темељ остваривања владавине права и демократских постулата на којима почива савремено друштво. Више о томе: Н. Петрушић, Право на приступ суду у светлу новог ЗПП, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, тематски зборник радова, Ниш, 2007, стр. 162 и даље.

⁷ Видети: чл. 8 Европске конвенције о људским правима.

⁸ Видети: чл. 13 Европске конвенције о људским правима.

⁹ Видети: чл. 14 Европске конвенције о људским правима.

Дана 11. фебруара 1999. године подносиатеља представке В.А.М. пред Четвртим општинским судом у Београду подигла је тужбу за развод брака, тражећи да јој се додели самостално вршење родитељског права над С.М. и издржавање детета, као и да суд изда привремену меру којом би јој алтернативно било додељено привремено вршење родитељског права или редован недељни контакт са С.М. до окончања поступка. Поступајући по њеном предлогу Општински суд је својом одлуком од 23. јула 1999. године наложио туженом Д.М. да омогући тужиљи приступ детету два пута месечно, док не буде донета коначна мериторна одлука у парничном поступку. Како је тужени одбио да прими тужбу и наведену судску одлуку и поступи по њој, тужиља је у више наврата у наредне две године захтевала од Општинског суда да туженом одлуку достави у складу са одговарајућим одредбама Закона о парничном поступку, истовремено тражећи делотворно извршење привременог налога за приступ детету. Од јуна 2002. године до августа 2005. године судски извршитељи су у више наврата и на неколико различитих адреса без успеха покушали да спроведу извршење ове одлуке.

У периоду од 1999. године, када је подигнута тужба за развод брака, до 2006. године Општински суд је одложио чак 15 рочишта, што због различитих предлога тужиље, а најчешће због немогућности да туженом уручи тужбу и позив за рочиште. Наиме, тужени је, иако упознат да је подигнута тужба за развод брака, неколико година намерно избегавао да прими судске позиве, чиме је онемогућавао сваки контакт тужиље са својом ћерком, и на тај начин пренебрегао интерес С.М. да има оба родитеља. Коначно, након више покушаја Општинског суда да преко разних државних органа сазна адресу туженог, њему је тек 03. новембра 2005. године прописно уручена тужба за развод брака и судски позив да присуствује рочишту.

Након што је у више наврата позвао Центар за социјални рад да „приведе крају“ израду свог извештаја и поднесе предлог о томе коме треба доделити вршење родитељског права над С.М., Општински суд је дана 15. јуна 2006. године тужиљи доделио привремено вршење родитељског права над С.М. Том приликом Суд је узео у обзир чак четири извештаја различитих реномираних домаћих медицинских установа, у којима је наведено да и поред тога што је В.А.М. ХИВ позитивна нема ниједног медицинског разлога због кога јој не би било дозвољено да види своју кћер или због кога тужиљи не треба дозволити вршење родитељског права. Иако жалба на ову одлуку Суда нема суспензивно дејство, а тужиља је у више наврата захтевала њено извршење, одлука никада није извршена, а Д.М. је успео да жалбом пред Окружним судом издејствује укидање побијане мере. До доношења пресуде Европског суда за људска права овај поступак још увек није био окончан пред првостепеном инстанцом.

Након подношења представке В.А.М. је поднела одвојену приватну тужбу против свога супруга Четвртом општинском суду са захтевом да буде лишен

родитељског права. У време доношења пресуде Европског суда за људска права овај поступак је још увек био у току.

б) Релевантне одредбе унутрашњег права

У овом предмету, Европски суд је као релевантне одредбе домаћег права у вези са вршењем родитељског права над децом и споровима у вези са издржавањем, означио оне садржане у чл. 310 (б), 390 и 391 Закона о браку и породичним односима,¹⁰ које прописују да су сви спорови у вези са издржавањем деце и поступци извршења у предметима који се тичу вршења родитељских права над децом хитни, као и одредбе чл. 204 и 280 Породичног закона¹¹ који ове поступке дефинишу „нарочито хитним“.

У погледу процесних правила која су од значаја за ток грађанског судског поступка и заштиту грађанских субјективних права у конкретном случају, Суд је нарочито пажњу посветио чл. 84 ст. 1 и 2, који предвиђа услове за постављање привременог заступника туженом, чл. 133, чл. 141 ст 1 и 2, чл. 142 ст. 1 и 2, чл. 144, чл. 145 ст. 1, 2 и 3, чл. 146 и чл. 148 Закона о парничном поступку из 1977. године¹² који уређују поступак достављања, затим компатибилним одредбама Закона о парничном поступку из 2004. године¹³ (чл. 79 ст. 2 тач. 4, чл. 100 ст. 2, чл. 127, чл. 135, чл. 136, чл. 139 и чл. 141), а нарочито чл. 140 који предвиђа могућност достављања стављањем писмена на огласну таблу суда. Суд је велики значај дао и чл. 209 Закона о извршном поступку¹⁴ којим је уређен начин спровођења извршења предаје детета, у складу са најбољим интересима детета.

в) Аргументи странака у поступку

Подносилацка представке обратила се Европском суду за људска права са образложењем да на располагању нема ниједан делотворан правни лек за убрзање грађанског судског поступка. Подносилацка представке жалила се због дужине трајања поступка, као и неажурности и пристрасности суда, чиме јој је повређено право на пружање судске заштите у разумном року. Од самог покретања поступка тужени је јасно стављао до знања да нема намеру да у њему учествује и чинио је све како би избегао да му тужба и судски позив буду достављени, али Општински суд није искористио све законске могућности да

¹⁰ „Сл. гласник СРС“, бр. 22/80 и 11/88 и „Сл. гласник РС“, бр. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01.

¹¹ „Сл. гласник РС“, бр. 18/05.

¹² „Сл. лист СФРЈ“, бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02.

¹³ „Сл. гласник РС“, бр. 125/04.

¹⁴ „Сл. лист СРЈ“, бр. 28/00, 73/00 и 71/01.

достављање изврши, нити су државни органи ишта учинили како би лоцирали боравиште туженог.

Осим тога, подносиатеља представке навела је да надлежан државни орган није извршио привремену меру за приступ детету од 23. јула 1999. године, тако да она пуних осам година није могла да види своје дете, нити да оствари иједно своје родитељско право. Уместо да својом одлуком отклони противправно стање, претила је објективна опасност да суд донесе одлуку којом ће такво стање озаконити. Оваквим поступањем надлежних органа Републике Србије нанета је непоправљива штета њеним и интересима њеног детета, и повређено јој је право на поштовање приватног и породичног живота.

На крају, подносиатеља представке истакла је и да је кршење права на правично суђење и права на поштовање њеног приватног и породичног живота само последица дискриминативног понашања према њој у поступку као последица чињенице да је заражена вирусом ХИВ.

У својој одбрани, Република Србија навела је да је поступак био веома сложен и осетљив, с обзиром на чињенична и правна питања која су била изнета у њему и да се у поступку морало водити рачуна о најбољим интересима детета, које је последњих осам година провело само са оцем, тако да обавеза поновног спајања мајке и детета није била апсолутна. Држава је истакла и да је Општински суд поступио у потпуности у складу са законом и да је предузео све мере како би утврдио тачну адресу туженог и извршио достављање. Поред тога, изнето је схватање да је овај поступак био у надлежности Европског суда за људска права *ratione temporis* нешто дуже од две године, што се не може сматрати дугим поступком, као и да је поступак суштински започео 03. новембра 2005. године, када су туженом достављена одговарајућа писмена. Коначно, изнет је став да подносиатеља представке није имала право да се обрати Европском суду јер није исцрпела сва унутрашња делотворна правна средства како би заштитила своја права, будући да је поступак још увек текао пред првостепеним судом.

г) Оцена доказа и пресуда Европског суда за људска права

Када оцењује да ли је у конкретном случају странци повређено право на суђење у разумном року, које представља право странке да се о њеним овлашћењима и обавезама одлучи без непотребног одуговлачења, Европски суд за људска права полази од неколико критеријума: сложености предмета, значаја који предмет има за странку, понашања подносиоца представке и понашања (односно) власти тј. државе уговорнице.¹⁵

¹⁵ Детаљније о мерилима за конкретизацију стандарда „разумни рок“: Н. Петрушић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на решавање грађанскоправне ствари у разумном року*, Европски систем заштите људских права: искуства и нови изазови, Ниш, 2005, стр. 213 и даље.

На бази чињеница које су изнеле странке у поступку, Суд је нашао да је парнични поступак пред Четвртим општинским судом у Београду, до тренутка доношења пресуде трајао осам година, од чега 35 месеци спада у опсег испитивања овог Суда, и да је још увек у току у првом степену. Побигјани поступак Суд је оценио као релативно сложен, с обзиром да је укључивао развод брака, вршење родитељског права над дететом и издржавање детета, а питања која су обухваћена предметом за тужиљу/подносиатељу представке била су од посебног значаја. Подносиатеља представке предузела је све разумне напоре за убрзање поступка, док је Општински суд доследно пропуштао да искористи процесна средства која су му била на располагању да поступак убрза и да спроведе одлуку којом је одређена привремена мера за приступ детету.

У делу представке који се односи на повреду права на приватан и породичан живот, Суд је истакао да за родитеље ова одредба подразумева право да буду предузети сви кораци како би се поново спојили са својом децом, јер је узајамно уживање родитеља и деце у међусобном контакту есенција породичног живота. У том смислу, требало је применити мере које су морале бити брзе и ефикасне, а упркос томе што мере принуде према деци нису пожељне у овако осетљивој области, примена санкција у случају незаконитог понашања родитеља са којим дете живи не може бити потпуно искључена ако се правилно примењују норме извршног поступка. Стога је Суд закључио да, без обзира на унутрашње поље слободног одлучивање сваке државе, у конкретном случају власт у Србији није предузела примерене и делотворне мере за извршење привремене мере за приступ детету.

У складу са утврђеном судском праксом, одредбу чл. 35 ст. 1 да Суд може узети предмет у поступак тек када буду исцрпљени унутрашњи правни лекови, треба тумачити и примењивати са високим степеном флексибилности, при чему је неопходно водити рачуна о конкретним околностима сваког појединачног случаја. Стога, Суд мора сагледати не само формално постојање правних лекова у правном систему сваке државе, већ и њихову делотворност и мора испитати да ли је подносилац представке учинио све што се од њега у датим околностима разумно могло очекивати како би исцрпео све правне лекове.

На основу напред изнетих чињеница, Суд је једногласно донео одлуку о прихватљивости представке у делу који се тиче повреде чл. 6 ст. 1, чл. 8 и чл. 13 Европске конвенције о људским правима, и пресуђујући по основу правичности досудио подносиатељки представке износ од 15000 евра на име претрпљене нематеријалне штете и 4350 евра на име трошкова поступка, које је Република Србија дужна да исплати у националној валути са затезном каматом у року од три месеца од дана правноснажности пресуде. Осим тога, што је веома карактеристично за овај случај и што није непознато, али ни често у пракси Европског суда за људска права, Суд је обавезао Републику Србију да одговарајућим средствима изврши привремену меру за приступ од 23. јула 1999.

године и да приведе крају, са посебном пажњом, грађански судски поступак који је у току.

У делу представке који се односи на дискриминативно понашање домаћег суда, Европски суд за људска права одбацио је захтев подносиоце представке, будући да је извођење таквог закључка преурањено јер је поступак пред Четвртим општинским судом у Београду још увек у току.

д) Епилог

Поступајући по пресуди Европског суда за људска права, поступак пред домаћим судом значајно је убрзан током 2007. године. У року од 24 сата утврђено је где се налазе отац и малолетно дете. У кратком временском интервалу одржано је осам рочишта, а будући да је отац и даље избегавао појављивање пред судом, изрицана му је више пута новчана казна због непоштовања процесне дисциплине. Коначно, после више од девет година поступак је окончан доношењем пресуде у корист тужиље.

II Анализа и значај пресуде у предмету В.А.М. против Србије

На бази анализе презентоване чињеничне грађе и пресуде коју је у овом предмету донео Европски суд за људска права, можемо констатовати да су надлежни државни органи пали на испиту ефикасности пружања правне заштите, и то у једној веома осетљивој сфери друштвених односа – односа родитеља и деце, конкретније мајке и детета - лица која уживају посебну друштвену заштиту. У конкретном случају, након распада породице дошло је до праве породичне драме, која ни након више година од покретања парничног поступка није била окончана. Мајка, заражена ХИВ вирусом, годинама није била у могућности да оствари било какав контакт са малолетном кћерком, јер је у томе својим поступцима и непрестаним скривањем спречавао њен супруг. Иако је предузела све кораке у циљу остварења својих родитељских права, њени напори остали су без резултата, с обзиром да домаћи правни поредак не познаје делотворно правно средство којим би се одблокирала парализа државног апарата. Општински суд је у овом предмету пропустио бројне законске могућности да мајци не само додели самостално вршење родитељског права над дететом, већ пуних осам година није обезбедио извршење привремене мере за приступ детету, на шта је био дужан и за шта је на располагању имао бројне инструменте, будући да се ради о поступку у коме су официјелна и инквизиторна овлашћења суда наглашена.

Овакво занемаривање процесних овлашћења домаћег суда (уз значајну „помоћ” осталих релевантних субјеката), којим је правда на најгрубљи начин компромитована, представља тежак ударац правосудном систему који би требао бити последња брана кршењу људских права. Мајци малолетног детета повређено је право на суђење у разумном року, као сегмент права на правично суђење,

право на поштовање приватног и породичног живота и право на делотворан правни лек пред државним властима, чиме је нанета неотклоњива штета пре свега интересима детета, које је дуги низ година било лишено мајчине љубави и пажње, али и свим другим учесницима у поступку. Висина нематеријалне штете, коју је Европски суд за људска права на име правичног задовољења досудио подносиоцима представке, свакако се не може сматрати адекватном сатисфакцијом за њене дугогодишње патње.

Ова одлука само је још једна потврда непостојања усклађеног деловања надлежних домаћих државних структура у остваривању и заштити основних људских права. Координисано поступање државних органа, пре свих судова, Министарства унутрашњих послова и центара за социјални рад, намеће се као неопходан услов заштите права у сфери породичних односа.¹⁶

Свака држава дужна је да створи услове за обезбеђење квалитетне, ефективне и експедитивне правне заштите, да организује свој правосудни систем како би свакоме било зајемчено право на правично суђење у разумном року. Европски суд за људска права је, након суптилне анализе изнете чињеничне грађе и унутрашњих правних прописа у овом предмету, утврдио не само да су у конкретном случају подносиоци представке поступањем државних органа повређена нека од основних људских права и слобода предвиђених Конвенцијом, већ је недвосмислено указао на постојање системских недостатака у погледу непостојања делотворних правних средстава за убрзање поступка пред домаћим судовима. Утврђивањем чињенице да наша држава нема делотворан механизам за остаривање права на суђење у разумном року, створени су услови да се овај аргумент искористи у свим будућим процесима против Републике Србије.¹⁷

Осим чињенице да се ради о првој пресуди међународног суда која је указала на бројне недостатке нашег правосудног система и којом је Република Србија по први пут осуђена на плаћање накнаде штете оштећеној страни због незаконитог и несавесног поступања њених органа,¹⁸ њен нарочити значај огледа се и у томе што је пред државне органе ставила захтев за предузимањем мера

16 О проблемима остваривања правне заштите у породичноправним односима видети: В. Петровић-Шкоро, Тренутна ситуација у Србији у вези извршења пресуда у области породичног права. Рад доступан на сајту: <http://www.bgcentar.org.rs>. Посета сајту: 15. 10. 2010.

17 Европски суд за људска права се касније у више наврата, у случајевима када су се подносиоци представке жалили на повреду права на суђење у разумном року и непостојање ефикасних правних лекова за убрзање поступка, позвао на образложење из пресуде у случају В.А.М. против Србије и пресудио да је Србија повредила чл. 13 у вези са чл. 6 ст. 1 Конвенције (Томић против Србије, Илић против Србије, Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије и др.).

18 Иако је прву пресуду у предмету против Србије Европски суд за људска права донео у предмету Матијашевић против Србије (Представка бр. 23037/04), због кршења чл. 6 ст. 2 Конвенције – повреда права на претпоставку невиности пред домаћим судом, она није имала ни приближно тако велики одјек у домаћој правничкој јавности.

којима се *de lege ferenda* морају спречити повреде људских права и основних слобода зајемчених Конвенцијом. Као последица тога, у наш правни систем уведена је уставна жалба¹⁹, као ефикасно правно средство у случају повреде права на благовремену правну заштиту²⁰, а предузимају се и друге активности како би се превенирало кршење процесних људских права у поступцима и створили услови да носиоци правосудних функција искористе све законске инструменте које им стоје на располагању, како би у разумном року обезбедили ефикасну правну заштиту, а тиме и остваривање правде у сваком појединачном случају.

* * *

Случај из судске праксе о коме је у раду реч, својеврсна је парадигма стања нашег правосуђа, како у времену прошлом, тако и у времену садашњем. Сагледавајући поступање надлежних органа у само једном случају кроз призму прокламоване заштите права у судском поступку, може се спознати постојање бројних аномалија система правне заштите пред домаћим органима. Пресуда у предмету В.А.М. против Србије свакако није изолован случај, будући да је Европски суд за људска права утврдио идентичне повреде права предвиђених Конвенцијом у још неколико предмета, а неколицина поступака још увек је у току пред судом. Ове пресуде ставиле су пред надлежне институције задатак за применом општих мера усмерених ка отклањању системских недостатака у домаћем правосуђу. Посматрано у склопу актуелне „реформе“ домаћег правосуђа, дOMET пресуда Европског суда за људска права, иако појединачних по свом карактеру, и њихов утицај на процес изградње ефикаснијег и делотворнијег механизма правне заштите у праву Републике Србије, немерљив је. Остаје само нада, али и (не)оправдана бојазан да ће мере које се на том путу спроводе бити адекватне и корените.

Резиме

За последњих седам и по година, од када се Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода примењује у односу на Републику Србију, Европски суд за људска права донео је више десетина пресуда којима је

19 У чл. 82 ст. 2 Закона о Уставном суду (Сл. гласник РС, бр. 109/07) предвиђено је да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена сва правна средства, у случају када је жалиоцу повређено право на суђење у разумном року.

20 О томе да ли је уставна жалба остварила очекивања и да ли се заиста може сматрати делотворним правним средством за остваривање права на суђење у разумном року видети: С. Лилић, Да ли је уставна жалба ефикасан правни лек за суђење у разумном року?, електронска публикација (Сајт посећен 17. 10. 2010.) <http://forum.mojepravo.net/new/b2/blogs/blog4.php/2008/08/05/da-li-je-ustavna-alba-efikasni-pravni-le>.

у поступцима пред домаћим органима утврдио кршење основних људских права зајемчених Конвенцијом. У раду је учињен осврт на случај В.А.М. против Србије, предмет у коме је донета прва пресуда којом је Република Србија осуђена на плаћање накнаде подносиоцу представке. Овај случај парадигматичан је приказ ранијег, али и актуелног стања система правне заштите у Републици Србији. Значај пресуде, поред чињенице да је у њој утврђено постојање вишеструке повреде одредаба Конвенције, нарочито у тако осетљивој сфери као што је остваривање права на поштовање приватног и породичног живота, огледа се у томе што је у њој указано на бројне аномалије система правне заштите код нас, а пре свега на непостојање делотворног правног лека којим се поступак пред судовима може убрзати. Овај појединачни случај актуелизовао је и питање неминовности свеобухватне реформе читавог система заштите људских права, теме пред којом су се дуги низ година код нас затварале очи. Пресуда је ставила пред надлежне институције Републике Србије захтев за применом општих мера за отклањање будућег кршења људских права заштићених Конвенцијом, у циљу успостављања одговарајућих механизма за ефикасно спровођење поступка правне заштите, и у крајњој линији тријумфу правде над (пре)спором правдом, коју најчешће идентификујемо са неправдом.

Novak Krstić, LL.M.

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

The Violation of Fundamental Human Rights in the Proceedings before National Courts, With specific reference to the ECHR decision in case V.A.M. vs. Serbia

Summary

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has been applicable in respect of Serbia in the past seven and a half years. In this period, the European Court of Human Rights has rendered a number of decisions concerning the violation of the fundamental human rights in the proceedings before national courts which are explicitly guaranteed under the Convention. In this article, the author analyses the case V.A.M. vs. Serbia, as the first case on this issue brought before the European Court of Human Rights involving Serbia. The Court ruled that the Republic of Serbia was obliged to pay pecuniary damages to the applicant (claimant) for multiple violations of fundamental human rights in the proceedings before the national courts. This case provides a paradigmatic overview of the former

and current state of affairs in the judicial protection system in the Republic of Serbia. Apart from the fact that the Court decision has established multiple violations of the legal provisions contained in the Convention (particularly in the area of exercising the rights to privacy and family life), this decision is also significant because it has pointed out to the numerous anomalies in the national judicial protection system and, above all, to the lack of an efficient legal remedy which would ensure a more expedient and effective court proceedings. This case has also given rise to the need to initiate a comprehensive reform of the entire human rights protection system before the national courts, which has been disregarded for a long time. The Court decision has also served as an incentive to establish strict measures aimed at preventing any further violations of the fundamental human rights guaranteed under the Convention and to institute relevant mechanisms for a more efficient human rights protection in the proceedings before the national courts, which will eventually lead to the triumph of justice over injustice.

Key words: *European Court of Human Rights, human rights protection, efficient court proceedings.*

ПРЕТПОСТАВКЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ НАНЕТУ ПАЦИЈЕНТУ

Апстракт: Проузроковање штете пацијенту приликом лечења је тема која представља спону између Облигационог и Медицинског права. Наиме, опште претпоставке грађанскоправне одговорности (штета, узрочна веза, противправност и кривица) у Медицинском праву имају одређене специфичности и управо оне чине предмет овог рада. Аутор је приказао и анализирао актуелне ставове домаћих и страних теоретичара не отварајући медицинска, већ правна питања попут: које последице лекарске грешке треба сматрати штетом? Како утврдити узрочну везу? Шта је медицински стандард и каква је улога медицинских водича? Колико пажње лекари дугују и који критеријуми за њих важе?

Кључне речи: штета, Медицинско право, одговорност, кривица, противправност, пацијент, лекар.

Увод

У свим професијама се греши (erga humanum est). Одштетна одговорност здравствених радника један је вид тзв. професионалне одговорности, попут одговорности инжењера, адвоката и других стручњака. Ипак, њена посебност лежи у величини ризика који та професија са собом носи.¹ Сваке године у САД умре између 44.000 и 96.000 болесника због последица лекарске грешке.² Поражавајућа је и статистика о проценту оштећених пацијената након медицинског третмана који је утврђен у неким земљама (у Данској 9% пацијената, у Француској 8,9%, у Великој Британији 11%, у Канади 7,5 %, на Новом Зеланду 13%).³ Сваки други грађанин ЕУ сматра да може бити жртва система здравствене заштите у својој земљи. Највише се страхује од болничких инфекција, погрешне или закаснеле

1 Петар Кларић, Одговорност за штете у медицини, Одштетно право, Загреб, 2003, стр. 388.

2 Kohn, Corrigan, Donaldson, To Err is Human, Institute of Medicine, 2000, стр. 26. Доступно на: <http://www.nap.edu>.

3 Ивица Црнић, Одштетна одговорност лијечника и здравствених установа с приказом судске праксе (први дио), Хрватска правна ревија, бр. 1/2009, стр. 34.

дијагнозе. Готово четвртина анкетираних тврди да су они сами или чланови њихове породице доживели лекарску грешку.⁴

Медицинско право, у начелу, уређује однос између лекара као пружаоца и пацијента као корисника здравствене заштите. Оно је у функцији побољшања положаја пацијената, али постоје и супротне тежње. Лекари и осигуравајућа друштва траже од законодавца да ограничи накнаду штете коју судови досуђују оштећеним пацијентима тврдећи да то доводи до енормног повећања трошкова осигурања што се преваљује на цене медицинских услуга. Многи лекари не верују у систем „медицинског правосуђа“ јер сматрају да из њега долазе недоследне и некоректне пресуде о медицинској пракси.⁵ Њихови противници тврде да појединачне високе одштете стварају само привид јер већина оштећених пацијената уопште не добије надокнаду.⁶ Трошкови поступка су високи па само лица са тешким оштећењима и потенцијалом за високе одштете ангажују адвоката. Старији, жене и сиромашни су најугроженији и зато што не желе конфронтацију са лекаром.⁷

Од сукоба увек трећи профитира. У развијеним земљама одштетна одговорност у медицини је један од највећих извора зараде адвоката и осигуравајућих кућа, али и подручје са безбројним злоупотребама, чак и измишљеним болестима којима се покушава испровоцирати медицински захват да би се касније покренуо судски поступак.⁸ У таквој ситуацији, значајно је питање је како омогућити лекарима да професионално и без страха раде свој посао и истовремено жртвама лекарске грешке осигурати одговарајућу накнаду штете.

Пацијент је заштићен и међународним актима и националним законима. Према Конвенцији о људским правима и биомедицини, лице које је претрпело прекомерну штету произашлу из неке интервенције има право на правичну накнаду у складу са условима и поступцима прописаним националним законом.⁹

4 Special Eurobarometer: Patient safety and quality of healthcare, 2010, стр. 7. Доступно на: www.ec.europa.eu.

5 Хајрија Мујовић-Зорнић, Значај вештачења лекарске грешке у грађанском поступку, Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 6/2008, Мостар, стр. 393.

6 Oliver Quick, Book review: Merry & McCall Smith, Errors, Medicine and the Law, Cambridge University Press, 2001, Medical Law Review, 2002, стр. 237

7 Special Eurobarometer: Medical Errors, 2006, стр. 27.

8 Хрвоје Качер, Једна новија одлука Уставног суда Хрватске о објективној одговорности у медицини, Хрватска правна ревија, бр. 4/2008, стр. 37

9 Чл. 24. Конвенције Савета Европе о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине (Овиједо 1997) у Србији ратификоване 10.2.2011. Видети: Закон о потврђивању: Конвенција о људским правима и биомедицини, „Сл. гласник РС“, бр. 12/2010.

Националним правом може бити установљена субјективна или објективна одговорност, или колективни систем надокнаде независан од индивидуалне одговорности.¹⁰ Према Закону о здравственој заштити,¹¹ за свој рад здравствени радници преузимају стручну, етичку, казнену и материјалну одговорност.¹² Пацијент који због стручне грешке здравственог радника, у остваривању здравствене заштите, претрпи штету на свом телу или погоршање здравственог стања има право на накнаду штете према општим правилима о одговорности за штету.¹³

Здравствена делатност је уређена великим бројем прописа, али се они не баве питањем одговорности, тако да важе одредбе Закона о облигационим односима.¹⁴ Такав приступ прихваћен је и у упоредном праву па се примењују општа правила облигационог права садржана у грађанским кодификацијама.¹⁵ *Neminem laedere*, апсолутна забрана проузроковања штете из чл. 16. ЗОО, важи и за лекаре.

У Србији нема званичних статистичких података о броју одштетних захтева пацијената. Домаћа судска пракса је такође скромна. Ипак, ореол недодирљивости лекарске професије полако нестаје. Правни спорови против лекара су били ретки у прошлости, али се данас често сумња на грешку лекара ако је лечење било неуспешно. Јачање свести грађана о правима пацијената резултираће повећањем броја одштетних захтева.

Прописи о здравственој делатности не садрже посебне одредбе којима би биле уређене претпоставке одговорности за штету проузроковану лекарском грешком, што значи да важе опште претпоставке одговорности (штета, узрочна веза, противправност и кривица). Међутим, ови појмови Облигационог права имају одређене специфичности у Медицинском праву и ми ћемо у овом раду указати управо на њих.

10 Став 145. Званичног образложења Конвенције. Доступно на: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm>

11 Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС», бр. 107/2005, 72/2009, 88/2010 и 99/2010.

12 Чл. 169. Закона о здравственој заштити.

13 Чл. 40. Закона о здравственој заштити.

14 Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ», бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, «Сл. лист СРЈ», бр. 31/93 и «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 - Уставна повеља.

15 Саша Никшић, Одговорност за штете у здравственим установама – претпоставке, одговорне особе, ослобођење од одговорности, Здравствени сустав Републике Хрватске, Загреб, 2010, стр. 55.

1. Штета

У начелу, материјална штета од лекарске грешке представља мањи проблем у односу на нематеријалну штету јер је висина штете мања, лакше се утврђује, и надокнађује се из различитих извора.¹⁶ Материјална штета се јавља у облику трошкова лечења, изгубљене зараде због привремене или трајне неспособности за рад, трошкова погребња, изгубљеног издржавања или помоћи. Интересантно је да, након окончања парничног поступка, може настати ситуација да надокнаду трошкова лечења болница исплаћује „сама себи“.

Нематеријална штета представља један од средишњих института у оквиру одговорности за штете у медицини. Наиме, у појединим случајевима исплате новчане надокнаде за проузроковану нематеријалну штету озбиљно оптерећују здравствени систем.¹⁷

Услед лекарске грешке редовно долази до повреде личних права: права на живот, физички и духовни интегритет. Поставља се питање да ли сама повреда ових права представља штету, имајући у виду да ЗОО нематеријалну штету „признаје“ само као физички бол, психички бол, и страх.¹⁸ Ово је нарочито важно у случајевима када је пацијент у коми, те не трпи страх и бол, односно не може се доказати да их трпи. У Хрватском праву неимовинска штета дефинисана је као свака повреда личних права.¹⁹ У Закону о обвезним односима наглашено је да свако физичко лице има право на заштиту својих личних права под којима се подразумевају и право на живот, „тјелесно и душевно здравље“.²⁰ Зато у Хрватској право на надокнаду имају и пацијенти који уопште не трпе бол или страх. Напуштањем субјективних елемената (бола и страха) и пацијентима који су у коми или сличним стањима признато је право на правичну новчану накнаду.²¹

Понекад је нематеријална штета очигледна, нпр. када пацијент изгуби неки телесни орган, део тела или претрпи телесну повреду и тада суду преостаје само да утврди висину надокнаде. У другим случајевима, када пацијент тврди да је претрпео „само“ душевни бол или страх, задатак суда је сложенији јер, имајући у виду посебна ограничења која важе за надокнаду нематеријалне штете, он мора водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи

16 Ibid. стр. 58.

17 Ibid. стр. 65.

18 Видети чл. 155. ЗОО.

19 Чл. 1046. Закона о обвезним односима, „Народне новине – службени лист РХ“, бр. 35/05, 41/08.

20 Чл. 19. Закона о обвезним односима.

21 Саша Никшић, *op.cit.* стр. 66.

та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.²²

Потребно је посебно нагласити да неимовинска штета у смислу повреде права на телесно и душевно здравље не постоји искључиво у случају болести. Наиме, постојање узрока болести у телу пацијента може имати карактер повреде иако се болест још увек није развила (тзв. болничке инфекције резистентним патогенима представљају велики проблем). То питање има посебну тежину код инфекција које могу проузроковати тешку болест или смрт или код инфекција које проузрокују болест након дужег времена инкубације.²³ Тако нпр. за постојање штете довољно је да пацијент буде инфициран ХИВ-ом, без обзира на то да ли је дошло до развоја АИДС-а. Исто важи и за ситуације у којима се не зна да ли је нека особа инфицирана опасном болешћу, јер је нпр. убодена иглом која је претходно коришћена, а тестирања је могуће извршити тек након неколико месеци. Пацијент који оправдано сумња да је заражен страхује за свој живот и исход лечења иако се касније може утврдити да уопште није био инфициран.²⁴

Шта се сматра штетом нарочито је проблематично у случајевима из акушерства. Да ли умирање плода као последица грешке лекара представља истовремено и повреду тела мајке? По једном решењу из немачке судске праксе, признаје се повреда тела мајке са образложењем да се деликтно право мора прилагодити биолошкој околности да су мајка и дете „једно“ пре порођаја. По супротном решењу, сматра се да је дете од тренутка зачећа посебан организам. У складу са тим, умирање плода услед грешке лекара не представља у исти мах и повреду тела мајке па она има једино право на надокнаду штете због претрпљеног душевног бола изазваног смрћу блиског лица. По нашем мишљењу, признавање телесне повреде мајке (прво решење) могуће је уколико се проблем посматра искључиво са становишта телесне повезаности мајке и плода (нерођени плод је одвојив, али до природног одвајања долази тек при порођају).²⁵

Конвенцијом о људским правима и биомедицини прописано је да лице које је претрпело прекомерну штету произашлу из неке интервенције има право на правичну накнаду у складу са условима и поступцима прописаним законом. У конвенцији се користи израз „прекомерна штета“ зато што је у појединим случајевима одређени губитак неминован, будући да је нераздвојан од саме терапеутске интервенције (нпр. код ампутације.) Штета је последица саме интервенције схваћене у најширем смислу, било као чињење или пропуштање. Да

22 Чл. 200. ст. 2. ЗОО.

23 Љубица Милутиновић, Накнада штете због лекарске грешке и проблем доказивања узрочности, 10. Будвански правнички дани – зборник радова, Будва, Београд, 2004, стр. 237.

24 Саша Никшић, *op.cit.* стр. 59.

25 Симонида Цековић-Вулетић, Одговорност лекара за штету проузроковану грешкама при порођају, стр. 314.

ли је штета прекомерна или не утврђује се у светлу околности сваког конкретног случаја и за надокнаду није од значаја да ли штетна радња представља уједно и кривично дело. Право на обештећење односи се на сву штету насталу као резултат интервенције. Правичну накнаду треба схватити у смислу члана 50. Европске Конвенције о људским правима, на основу којег суд може досудити и само сатисфакцију оштећеној страни.²⁶

2. Узрочна веза и њено утврђивање

2.1. Узрочна веза

Утврђивање узрочне везе је увек проблематично када постоји конкуренција више услова који могу бити узроци штете. То су случајеви када узрок штете може бити лекарска грешка, али и само стање пацијента, као и комбинација ових услова (нпр. тешка болест и груба грешка лекара). Са друге стране постоје и ситуације када узрочну везу није тешко утврдити (нпр. пацијент је одмах након администрације погрешног лека преминуо, а лекару је дошао због козметичке интервенције).²⁷

Узрочна веза се претпоставља само у случајевима објективне одговорности тако да у већини спорова постојање узрочне везе мора доказати пацијент и то на нивоу извесности како се лекари не би окретали дефанзивној медицини.²⁸ „Извесност“ значи да не постоји разумна сумња у постојање узрочне везе, за разлику од „вероватноће“ када више чињеница говори у прилог постојања узрочне везе него против ње, те могућности да само једна или неколико чињеница говори у прилог постојања узрочне везе.²⁹ Терет доказивања узрочне везе је на оштећеном који као нестручњак мора доказати адекватну узрочност између поступка лекара и настале штете, као и чињеницу да се ради о поступању или пропуштању супротном правилима професије. Тужилац доказује истинитост својих тврдњи тј. да је дошло до лекарске грешке, а тужени се брани да је поступак био медицински утемељен. Због несигурне етиологије неких болести, различитог и понекад непредвиљивог реаговања пацијента на одређене методе лечења и лекове те због сталних и релативно брзих промена

²⁶ Ставови 143-145 Званичног образложења Конвенције. Доступно на: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/164.htm>

²⁷ Marc Stauch, Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 17, No. 2, стр. 214.

²⁸ Исто је и у Немачкој. У Енглеској судској пракси довољно је доказати да је вероватноћа да је лекарска грешка узрок штете већа од вероватноће да није узрок (теорија баланса вероватноћа). Anne-Maree Farrell, Book Review: M. Stauch, The Law of Medical Negligence in England and Germany, Hart Publishing, 2007, Medical Law Review, Oxford University Press, 17/2009, стр. 499.

²⁹ Саша Никшић, *op.cit.* стр. 60.

у стању медицинске науке узрочну везу је у неким случајевима врло тешко, готово немогуће утврдити.³⁰

Пропуштање које проузрокује штету једнако је релевантно као и активно деловање.³¹ То посебно долази до изражаја код професионалне одговорности за штету, па важи и за здравствену делатност (нпр. некоришћење заштитних средстава, непроверавање да ли је пацијент алергичан).³² Кад је реч о узрочној конкуренцији између предиспозиције за појаву болести и људске радње, правно одлучним узроком сматра се само људска радња.³³

Узрочна веза мора бити непрекинута. То је од посебне важности када у лечењу пацијента суделује више лекара, па након грешке једног, наступи грешка другог. По пракси немачких судова, узрочна веза се прекида новом грешком само онда када је други лекар поступио „против свих правила и искуства“. У том случају одговара други лекар. Али, ако је након грешке једног уследила „нормална“ грешка другог лекара, адекватна каузална веза се не прекида, што значи да прави лекар одговара односно саодговара за штету (нпр. први лекар грешком унесе податке у пацијентов картон, а други лекар, не проверавајући, приступи лечењу болесника. Будући да није дошло да прекида адекватне каузалне везе, оба лекара су одговорна за штету солидарно.³⁴

Наше право не познаје могућност досуђивања правичне новчане накнаде по систему „изгубљене шансе“, па ако оштећени не докаже постојање узрочне везе његов захтев ће бити одбијен. У правима где се примењује систем „изгубљене шансе“, ако вероватноћа да је лекарска грешка узрок штете износи нпр. 50%, оштећени има право на 50% уобичајене накнаде.³⁵ У нашем праву као и у већини континенталних правних система примењује начело „све или ништа“ према којем пацијент добија или пуно обештећење или се одштетни захтев у целости одбија.³⁶

2.2. Обдукција као метод утврђивања узрока штете

Највећи број лекарских грешака редовно се открива обавезном патолошком обдукцијом која представља једино меродавно средство за утврђивање узрока смрти у току лечења у стационарним здравственим установама, јер се само обдукцијом може потврдити веродостојност дијагнозе. Релативно мали број обавезних патолошких обдукција код нас у односу на њихов број у свету је

30 Петар Кларић, *op.cit.* стр. 417; Љубица Милутиновић, *op.cit.* стр. 237.

31 Детаљно о томе: Marc Stauch, *op.cit.* стр. 215.

32 Саша Никшић, *op.cit.* стр. 60.

33 Ивица Црнић, *op.cit.* стр. 42.

34 Петар Кларић, *op.cit.* стр. 420.

35 Саша Никшић, *op.cit.* стр. 60.

36 Петар Кларић, *op.cit.* стр. 417.

последница околности да лекари клиничари, али и чланови породице преминулог врло често „беже“ од ње.³⁷

Према Закону у здравственој заштити обдукција је посебна и најпоузданија мера утврђивања времена и узрока смрти. Закон прецизно наводи у којим је случајевима обдукција обавезна (нпр. на лицу умрлом у здравственој установи ако није утврђен узрок смрти; на захтев доктора медицине који је лечио умрлог; ако смрт наступи у току дијагностичког или терапеутског поступка).³⁸

Разликују се патолошка и судско-медицинска обдукција (која је везана за кривично право). Патолошка обдукција омогућава контролу рада здравствених радника и установа. Патолог доноси коначан закључак о узроку смрти и болестима које су довеле до ње. Ово је посебно значајно да би се закључило да ли је дошло до стручне грешке или се ради о компликацијама које су последица ранијих болести или здравственог стања преминулог. Упоредивањем клиничких и обдукционих налаза може се добити прави увид у тачност постављене дијагнозе и обим евентуалне лекарске грешке.³⁹

Према схватању Врховног суда Србије, установа која није извршила обавезну патолошку обдукцију, односно није обавестила пунолетног члана породице умрлог лица о узроку смрти одговорна је за надокнаду штете, без обзира да ли је смрт пацијента проузрокована лекарском грешком или не, јер је пропустом повређено право сродника да сазнају узрок смрти преминулог лица.⁴⁰ Избегавање обдукције (што је честа појава у Србији) може се сматрати као покушај заташкавања пропуста у дијагностци или терапији.⁴¹

3. Противправност

3.1 Противправност у ужем смислу

Противправност у ужем смислу значи понашање противно законским нормама. Законом о здравственој заштити прописани су стандарди чије непоштовање повлачи противправност.

Законске норме о томе су бројне. Здравствена делатност обезбеђује здравствену заштиту грађана и обухвата мере и активности за очување и унапређење здравља људи у складу са медицинском доктрином и уз употребу здравствених технологија. Ове мере и активности морају бити засноване на

³⁷ Ивана Стојановић, Дијагностичке лекарске грешке, Правни живот, бр. 9/2010, напомена 11.

³⁸ Чл. 222. Закона о здравственој заштити.

³⁹ Ивана Стојановић, Лекарска грешка и обавезна патолошка обдукција, Правни живот, бр. 9/2009, стр. 956. и 957.

⁴⁰ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1000/06 од 14 септембра 2006, објављено у Избор судске праксе, 7-8/08, стр. 65

⁴¹ Ивана Стојановић, Лекарска грешка и обавезна патолошка обдукција, стр. 960.

научним доказима, односно морају бити безбедне, сигурне и ефикасне и у складу са начелима професионалне етике.⁴² Здравствени радници обављају здравствену делатност у складу са важећом здравственом доктрином и кодексом професионалне етике.⁴³ Пружаоци здравствених услуга дужни су да примењују научно доказане, проверене и безбедне здравствене технологије у превенцији, дијагностици, лечењу и рехабилитацији. Под здравственим технологијама, у смислу закона, подразумевају се све здравствене методе и поступци који се могу користити у циљу унапређивања здравља и који обухватају безбедне, квалитетне и ефикасне лекове и медицинска средства, процедуре, као и услове за пружање здравствене заштите.⁴⁴

Ради напредка медицине, лекару је омогућено да примењује нове методе, уз адекватно обавештавање и разуман ризик по пацијента. Под новим здравственим технологијама, у смислу Закона о здравственој заштити, подразумевају се здравствене технологије које се по први пут користе у Републици, као и здравствене технологије које по први пут користи одређена здравствена установа, односно приватна пракса. Нове технологије се не смеју користити без одговарајуће дозволе Министарства, у складу са законом. Прихватљиве су само нове технологије које се примењују у високо развијеним земљама, чија је научна оправданост потврђена у медицинској пракси тих земаља.⁴⁵

3.2. Противправност у ширем смислу

Појам противправности треба схватити и у ширем смислу. Наиме, овде није искључиво реч о поступању супротно правним правилима, већ се противправном сматра и она радња која је противна правилима лекарске струке (поступање *contra legem artis*). Проблем противправности у ширем смислу захтева познавање појмова карактеристичних за медицинско право као што су медицински стандард и медицински водич.

3.2.1. Медицински стандард

Медицински стандард је опште правило исправног поступања у превенцији, дијагнози, лечењу и рехабилитацији, које важи у одређеном тренутку.⁴⁶ То је оно што просечно квалификован, савестан и обазрив лекар може и мора да зна, односно што такав лекар чини. Означава се и као квалитетно лечење, добра лекарска пракса.

42 Чл. 5. Закона о здравственој заштити.

43 Чл. 169. Закона о здравственој заштити.

44 Чл. 67. Закона о здравственој заштити.

45 Чл. 69. и 70. Закона о здравственој заштити.

46 Јаков Радишић, Медицински стандард и одговорност лекара, Правни живот, бр. 9/2008, стр. 296.

Медицински стандард се формира на основу сазнања медицинске науке, позитивног лекарског искуства и прихваћености у оквиру професије. Стандарди најчешће подразумевају општепризната правила, али могу да се односе и на новија сазнања и достигнућа призната од стране референтних субјеката. Врховни суд Аустрије сматра да је прихватљив метод „онај који заступа нека од признатих школа медицинске науке“.⁴⁷ Ако постоји више метода, онда су сви подједнако вредни, под условом да носе једнак ризик. Ма који да изабере, лекар не чини грешку и суд ту не може да се меша јер би то представљало некомпетентно мешање. Са друге стране, лекар је дужан да изабере методу која је најмање ризична и болна.⁴⁸ Жеља пацијента да добије одређени лек или буде лечен одређеном методом не ослобађа лекара одговорности.⁴⁹ Појединачни гласови у стручној литератури или наступи на конгресима не представљају никакав стандард.⁵⁰

Медицински стандард би требало да важи за све пацијенте у истом или сличном стању здравља, али у пракси то није случај. Другачији је стандард у сеоској амбуланти од стандарда у универзитетским клиникама.⁵¹ Медицински стандард је не само социјално условљен већ зависи и од финансијских могућности друштва.⁵²

Постављају се питања да ли је лекар дужан да се увек придржава медицинског стандарда и да ли свако одступање повлачи одговорност? Сваки пацијент је случај за себе и поступање по стандарду не гарантује успех. Не постоји стандардни пацијент, са стандардном болешћу, кога би могао да излечи једино стандардни лекар, стандардним поступком.⁵³ Понекад је чак нужно одступити од стандарда, а супротно би била грешка. Медицина стално напредује и строго поштовање раније установљених стандарда значило би да лекар нема слободу избора терапије.

Стандарди постављају границе у оквиру којих лекар може да се креће. Колико је стандард поузданији толико је лекар везанији њиме. Другачије поступање мора да буде оправдано особеностима конкретног случаја. Тзв.

47 Јаков Радишић, Лекарске грешке у светлости правних разматрања, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/1995, стр. 190.

48 Љубица Милутиновић, *op.cit.* стр. 233.

49 Јаков Радишић, Лекарске грешке у светлости правних разматрања, стр. 190.

50 Јаков Радишић, Медицински стандард и одговорност лекара, стр. 289.

51 *Ibid.* стр. 290.

52 Видети чл. 15. Закона о здравственом осигурању, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005 и 109/2005.

53 Јаков Радишић, Медицински стандард и одговорност лекара, стр. 291.

базични стандард (нпр. правила о хигијени) важи увек и за све, па од њега одступање није дозвољено.⁵⁴

Утврђивање стандарда врши се с обзиром на време када је медицинска мера предузета или пропуштена. Доцнија научна сазнања и околности не треба узимати у обзир. Уколико је у време лекарског третмана предузета мера била у сагласности са медицинском науком и праксом, нема лекарске грешке чак ни кад је та мера са становишта данашњих стандарда апсолутно недозвољена.⁵⁵ Каснија достигнућа медицине нису релевантна, односно могу се узети у обзир само ако је то у корист лекара. При процени ваља узети у обзир сложеност и ризичност медицинског захвата, време које је лекар имао за припрему и спровођење захвата, услове рада (на терену или у установи, расположиву опрему, лекове и сл.) и потпору сарадника.⁵⁶

3.2.2. Медицински водичи

Медицински водич представља документ који упућује на одлуке и критеријуме у одређеној области здравствене заштите и по правилу представља консензус о сумираним најновијим теоријским ставовима као и практичним питањима.⁵⁷ То су препоруке лекару како би требало да поступи у конкретној клиничкој ситуацији.⁵⁸ Водичи се користе хиљадама година, али су савремени базирани на доказима из клиничких истраживања (тзв. evidence-based medicine). Водичи пружају актуелне податке о превенцији, дијагнози, прогнози, терапији, ризицима и трошковима неке медицинске процедуре. Установљени су од самих здравствених радника као облик саморегулативе.⁵⁹ Циљеви водича су побољшање здравствене заштите, помоћ лекару у одлучивању, избегавање прекомерних медицинских мера, стандардизација лечења и информисање пацијента. У поређењу са кодексима медицинске праксе водичи имају наглашен практичан карактер, а кодекси су више декларативног карактера. Неки лекари

54 Ibid. стр. 289.

55 Симонида Цековић-Вулетић, *op.cit.* стр. 306

56 Ивица Црнић, *op.cit.* стр. 36.

57 Хајрија Мујовић-Зорнић, Правни значај водича праксе у медицини и одговорност, Правни живот, бр. 9/2005, стр. 430. Користе се различити називи: водичи добре медицинске праксе, медицински водичи, здравствени водичи, клинички водичи, здравствени план, клиничка упутства, клинички протокол и др.

58 Ash Samanta et Al, The Role Of Clinical Guidelines in Medical Negligence Litigation: a Shift from the Bolam Standard?, *Medical Law Review*, 14/2006, Oxford University Press, стр. 321

59 Хајрија Мујовић-Зорнић, Правни значај водича праксе у медицини и одговорност, стр. 430. и 431.

противе се примени водича, сматрајући да се тиме ограничава слобода њиховог делања.⁶⁰

Ради илустрације, приказаћемо део водича о давању инјекције.⁶¹ „Давање интра-мускуларне инјекције коришћењем безбедне игле: 1. Очисти место убода алкохолом; 2. Подигни место убода штипањем или затезањем ткива; 3. Забоди иглу у обрађено место под углом од 90 степени; 4. Направи вакум кратким повлачењем клипа шприца према себи. Уколико се крв не улива у шприц, славим притиском истисни читав садржај шприца. Уколико се крв улива у шприц, мораш пронаћи друго место за убод; 5. Извуци иглу из ткива; 6. Обриши рану алкохолом; 7. Одложи иглу и шприц у посуду за оштар отпад; 8. Преко места убода залепи фластер. Додатне напомене: 1. Неки пацијенти могу имати алергијску реакцију на латекс из кошуљице око игле; 2. Уобичајена је пракса да се за узимање лека из ампуле користи дужа игла. Краћа игла се користи за давање инјекције; 3. Игле за интра-мускуларне инјекције су дуже од подкожних зато што морају да допру дубље у мишић; 4. Препоручени пречник игле је од 23 до 25 јединица; 5. За пацијенте преко 90 кг користи се игла од 2 инча. За пацијенте преко 45 кг користи се игла од 1 1/4 инча.“ Ово је само једна трећина водича која се односи на радње медицинског радника непосредно на пацијенту. Комплетан водич је опширнији, садржи и упутство како се припрема и одређује доза, као и поступак после давања инјекције.

3.2.3. Правна квалификација водича

Поставља се питање да ли поступање по водичу ослобађа од одговорности и да ли супротно поступање аутоматски повлачи одговорност? Нити је одступање само по себи деликт, нити је поштовање водича гаранција за лекара који је проузроковао штету. Одлука лекара да следи или одступи од водича мора бити заснована на специфичном стању конкретног пацијента. Лекар може бити одговоран баш зато што није одступио од водича, а морао је. Водичи, чак и када су националног значаја не сматрају се правним правилима јер не прописују ништа у апсолутном смислу.⁶² Пре свега, они нису одговарајући за све ситуације, могу бити застарели, а постоје и конкурентски водичи.⁶³ Зато судови поступање по водичима не изједначавају аутоматски са добром медицинском праксом. Водичи се не смеју користити као једини доказ за утврђивање одговорности.

⁶⁰ Противници водича називају их „збиркама рецепата“, наглашавајући да медицина није кување. Према: Ash Samanta et Al, op.cit. стр. 349.

⁶¹ Доступно на: http://www.dhs.wisconsin.gov/ems/EMSsection/Protocols/Injection_guideline.pdf.

⁶² Хајрија Мујовић-Зорнић, Правни значај водича праксе у медицини и одговорност, стр. 434.

⁶³ Ash Samanta et Al, op.cit. стр. 351.

Водичи ипак имају правни значај зато што указују на актуелни медицински стандард. Како расте употреба водича тако се и судови све више позивају на њих и тај тренд ће се наставити у будућности.⁶⁴ Водичи представљају основ за медицинска вештачења. Тако на пример, у Холандији се лекари стриктно придржавају рестриктивног Водича о еутаназији како би се заштитили од одговорности за умишљајно или убиство из нехата.⁶⁵ У Немачкој судови заузимају став да водичи садрже стандарде лечења. Ако лекар не поступа по водичу, он мора то и да образложи. Одступање од водича је одступање од стандарда које мора бити оправдано. Пресуде се често образлажу позивањем на неко од правила из водича.

Поставља се питање да ли је водич штит који омогућава лекару да покаже да је поступао правилно, или је то мач у рукама оштећеног. У пракси се два пута више користе за оптужење него као извињавајући разлог.⁶⁶ Позиција лекара који стриктно поштује водич ја знатно боља, али са друге стране то генерално штети пацијентима јер води ка дефанзивној медицини.⁶⁷

4. Кривица

У готово у свим правним системима дуго времена је вредило правило да се за штету због лекарске грешке одговара само ако је почињена грубом непажњом. Данас се у већини права одговара за сваку, дакле и за обичну непажњу. У немачком праву одговара се за обичну непажњу, француска судска пракса је 1963. усвојила становиште да лекар одговара за сваку кривицу, па и ону најлакшу. У енглеском праву такође је за грађанску одговорност довољна обична непажња. У швајцарском праву до 1987. одговарало се само за грубу непажњу, касније ова привилегија укинута: одговара се и за обичну непажњу (немар).⁶⁸ Изузетак чини италијанско право јер судска пракса захтева у неким случајевима грубу непажњу.⁶⁹

Лекар мора пажљиво да спроведе методу коју је изабрао. Он дугује пажњу доброг стручњака у смислу ст. 2. чл. 18. ЗОО: „Страна у облигационом односу дужна је да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима“. Када се

64 Ibid. стр. 365.

65 Хајрија Мујовић-Зорнић, Правни значај водича праксе у медицини и одговорност, стр. 435.

66 Ibid. стр. 444.

67 Отвара се и питање одговорности творца водича које је више теоријско, али сматра се да и тело које је издало мањкав водич може бити одговорно ако је тиме допринело штети нанетој пацијенту.

68 Јаков Радишић, Појам лекарске грешке, Правни живот, бр. 9/2010, стр. 186.

69 Петар Кларић, *op.cit.* стр. 400.

као потенцијални штетник појави лекар, тада је за његову кривицу релевантно да ли се приликом обављања своје делатности понашао у складу са стандардом доброг стручњака.⁷⁰

За здравствене раднике важи објективно мерило за утврђивање њихове професионалне пажње. Као типизирани стандард пажње узима се пажња која се може очекивати од лекара исте специјализације, ранга и стажа.⁷¹ Да би се утврдила кривица треба поставити питање како би се искусан и пажљив лекар понашао у конкретној ситуацији. Индивидуалне карактеристике попут незнања или неискуства не оправдавају, штавише важи правило „онај ко више може, тај је више и дужан“. Лекар специјалиста или клинички лекар морају да буду опрезнији од лекара опште медицине или лекара из дома здравља.⁷² Закон о здравственој заштити такође прави разлику између „доктора медицине“ са завршеним факултетом и других здравствених радника са завршеном одговарајућом високом, вишом, односно средњом школом здравствене струке.⁷³ Лекар се не може оправдати да је поступао по најбољем знању ако је оно недовољно у конкретној ситуацији.⁷⁴ Не оправдава га ни што је почетник па није дорастао захтевима случаја јер онда је дужан да упуту пацијента специјалисти или у клинику са бољом медицинском техником.⁷⁵ *Unusquisque pertuis esse debet artis sue.*⁷⁶ Лекар не мора све да зна, али мора да зна шта не зна.⁷⁷

Објективни критеријум је донекле коригован. Лекара оправдава ако му се нпр. приликом операције позли па начини грешку.⁷⁸ Сматра се да у хитним случајевима лекар ужива привилегију смањеног степена пажње, тј. не сме се од њега захтевати исти степен пажње као у нормалним околностима.⁷⁹

Професионална пажња није исто што и уобичајена пажња. Следећи пример то лепо илуструје. Стоматолог је приликом интвенције користио нерв иглу дугу око 4 сантиметара. Пошто није била везана, пала је пацијенту у грло, и он је њу прогутао. И остали стоматолози раде са невезаном иглом, мада је опасност

70 Саша Никшић, *op.cit.* стр. 62

71 Anne-Maree Farrell, *op.cit.* стр. 499.

72 Јаков Радишић, *Лекарске грешке у светлости правних разматрања*, стр. 191.

73 Чл. 166. Закона о здравственој заштити.

74 Владимир Чоловић, *Професионална одговорност услед лекарске грешке и заштита пацијената*, 17. Будвански правнички дани - зборник радова, Будва, Београд, 2011, стр. 181.

75 Јаков Радишић, *Лекарске грешке у светлости правних разматрања*, стр. 191.

76 Свако одговара због недовољног владања својом вештином.

77 Јаков Радишић, *Медицински стандард и одговорност лекара*, стр. 294.

78 Јаков Радишић, *Лекарске грешке у светлости правних разматрања*, стр. 191.

79 Ивица Црнић, *op.cit.* стр. 36.

таквог рада позната. Суд је заузео став да је стоматолог поступао непажљиво, одбацујући његов аргумент да је поступао са пажњом која је уобичајена.⁸⁰

У страниј литератури помиње се петостепена класификација кривице лекара. Први степен указује на разлику између субјективног осећаја кривице и морала. Ако пацијент непредвиђено реагује на лек, лекар се може осећати кривим иако није учинио ништа неморално. Други степен кривице постоји у случају када лекар не поступи онако како је требало да поступи (нпр. препише погрешан медикамент, верујући да је дијагноза тачна). Намерни пропуст да се прочита назив лека са бочице уз став да је такво понашање прихватљиво илуструје трећи степен кривице. Четврти степен постоји када лекар свесно предузима неприхватљив ризик (нпр. наставља операцију коју би требало прекинути). Наношење штете пацијенту са предумишљајем представља пети степен кривице, нажалост забележен у судској пракси.⁸¹

По ЗОО кривица се претпоставља, терет „доказивања невиности“ је на туженом лекару или његовом послодавцу. Да би се ослободио одговорности он мора доказати да је у свему поступио на начин који је прописан правилима лекарске струке, те да је поступао са пажњом доброг стручњака.

У нашем праву степен кривице не утиче на висину штете, али није без значаја. Претпоставља се само обична непажња па оштећени, ако то жели, мора доказивати тежу кривицу. То ће нпр. бити потребно ако пацијент жели надокнаду непосредно од лекара, што је могуће једино ако је лекар поступао намерно.⁸² Случајеви намерног озлеђивања односно оштећења здравља пацијента врло су ретки, али су забележени у судској пракси (нпр. извођење неиндиковане операције из финансијских разлога).⁸³

Закључак

Будући да лекарске интервенције подразумевају задирање у физички и духовни интегритет важно је у сваком конкретном случају разликовати последице лекарске грешке од неизбежних губитака који су нераздвојиви од саме интервенције. Неимовинску штету проузроковану лекарском грешком треба посматрати у ширем смислу јер се не одговара само за болове и страх, него уопште за повреду права личности (нпр. неимовинску штету трпи и пацијент који је у коми; неимовинска штета постоји и у случају болничке инфекције која се још није развила).

Иако се у литератури потенцира проблем утврђивања узрочне везе, то у пракси није увек случај. За лекарске грешке са најтежом последицом постоји

80 Јаков Радишић, Медицински стандард и одговорност лекара, стр. 293.

81 Oliver Quick, *op.cit.* стр. 235

82 Саша Никшић, *op.cit.* стр. 61.

83 Петар Кларић, *op.cit.* стр. 400.

најсигурнији начин утврђивања узрока – патолошка обдукција. Обдукција открива евентуално постојање стручне грешке, њену тежину и настале последице као и разлоге који су до грешке довели.⁸⁴ На основу тих података може се извести закључак о насталој штети и одговорности.

Успех лечења зависи од конкретне медицинске мере, од лекара који је спроводи, и од самог пацијента односно његове болести. Лекар не гарантује за успех лечења, већ да ће се придржавати правила своје струке. Питање да ли је лекар поступао *lege artis* преведено на правни језик заправо је питање да ли је лекар поступао противправно.⁸⁵ Противправност у случајевима одговорности за медицинску грешку треба посматрати у најширем смислу. Лекар поступа противправно ако повреди законске норме, али и ако неоправдано занемари медицински стандард. Правни систем дозвољава лекарима да сами постављају стандарде који их обавезују. Одговорност се јавља ако је штета последица занемаривања тих „самонаметнутих“ стандарда.

Медицински водичи садрже правила доброг медицинског третмана и указују на медицински стандард заснован на научним сазнањима, практичним искуствима и професионалном прихватању. Предност примене добро написаних и поузданих водича како би се установио медицински стандард у поступцима поводом лекарске грешке је очигледна, али је неопходно да се они користе пажљиво. Суд мора да води рачуна о актуелности водича и кредибилитету његовог творца.

Медицински стандарди и водичи не вреде пуно ако лекар поступа непажљиво. Он дугује пажњу доброг стручњака која се по објективном мерилу очекује од лекара исте специјализације, ранга и стажа. Уобичајена пажња није довољна, али објективни критеријум може бити коригован (нпр. ако лекару позли; у хитним случајевима лекар ужива привилегију смањеног степена пажње; узимају се у обзир конкретне околности као што су недостатак опреме и отежани услови рада). Свакако треба имати у виду да су у судској пракси забележени и случајеви не само грубе непажње него и намерног проузроковања штете пацијенту.

Резиме

Проузроковање штете пацијенту приликом лечења је тема која представља спону између Облигационог и Медицинског права. Наиме, опште претпоставке грађанскоправне одговорности (штета, узрочна веза, противправност и кривица) у Медицинском праву имају одређене специфичности и управо оне чине предмет овог рада. Главни закључци су : 1. Важно је у сваком конкретном случају разликовати последице лекарске грешке од неизбежних губитака нераздвојивих

⁸⁴ Ивана Стојановић, *Лекарска грешка и обавезна патолошка обдукција*, стр. 959.

⁸⁵ Саша Никшић, *op.cit.* стр. 62.

од саме интервенције; 2. За лекарске грешке са најтежом последицом постоји најсигурнији начин утврђивања узрока – патолошка обдукција. 3. Лекар не гарантује за успех лечења, већ да ће се придржавати правила своје струке. Лекар поступа противправно ако повреди законске норме, али и ако неоправдано занемари медицински стандард. 4. Предност примене добро написаних и поузданих водича како би се установио медицински стандард у поступцима поводом лекарске грешке је очигледна, али је неопходно да се они користе пажљиво. Суд мора да води рачуна о актуелности водича и кредибилитету његовог творца. 5. Лекар дугује пажњу доброг стручњака која се по објективном мерилу очекује од лекара исте специјализације, ранга и стажа. Уобичајена пажња није довољна, али објективни критеријум може бити коригован у одређеним случајевима.

Mihajlo Cvetković, LL.B.

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

THE PRESUMPTIONS OF LIABILITY FOR MEDICAL MALPRACTICE

Summary

The subject matter that links the Law of Obligations and Medical Law is the legal issue of causing damage or harm to a patient during a medical treatment. However, the general presumptions of civil liability (damage, causation, wrongful act and culpability) have some specific features in Medical Law. The subject matter of this paper are the specific features of liability for medical malpractice. The author has come to the following conclusions: 1) In every single case at issue, it is important to make a clear distinction between the consequences of medical malpractice (a doctor's mistake) and the inevitable losses (death) which are inseparable from the medical intervention itself. 2) In cases a patient dies as a result of a medical mistake, the most reliable way of establishing the cause of death is an obduction by a pathologist. 3) The doctor may not guarantee a successful outcome of a medical treatment but he/she shall observe and abide by the rules of ethics and professional conduct. The act will be considered wrongful not only if the doctor violates the prescribed legal norms but also if the doctor has unjustifiably neglected the medical standard. 4) There is an obvious advantage of applying well-written and reliable guidelines on medical standards which are to be used in the proceedings for establishing medical malpractice (doctor's mistake); however, these guidelines have to be applied with great caution.

Михајло Цветковић

The competent court has to make sure that the guide is up-to-date (in line with the latest developments in this area) and that it has been issued by a credible source. 5) The doctor owes a duty of providing good professional care to the patient; under the objective standard of care, such professional care is expected from the doctors in the same field of specialization, of the same rank and work experience. The ordinary duty of care is insufficient but the objective standard of care may be modified in certain cases or under specific circumstances.

Key words: *damage/harm, Medical law, civil liability, culpability, wrongful act; patient, doctor.*

КАЗНЕ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ У СРБИЈИ ПО КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ИЗ 1860. ГОДИНЕ¹

***Апстракт:** Кривични законик из 1860. године предвиђа три облика казне лишења слободе, робију, заточење и затвор. Аутор разматра ова законска решења и проблеме до којих је долазило у њиховом спровођењу. Испитује порекло законом предвиђених облика лишења слободе и њихову утемељеност у дотадашњем развитку казног права. Прати развој казни лишења слободе у Србији у кривичним прописима и сачуваним пресудама и њихово место у казном систему Србије. Одредбе српског Кривичног законика која се тичу лишења слободе упоређује са одговарајућим одредбама пруског Кривичног законика из 1851. године, који је послужио као узор српским законописцима, и истражује њихов утицај.*

***Кључне речи:** Кривични законик из 1860. године, казне лишења слободе, робија, заточење, затвор.*

1. Увод

Казнени систем постављен Кривичним закоником из 1860. године примењиван је, уз одређене измене, неколико деценија. Упркос томе, он у правноисторијској науци није био предмет свестраније анализе. Стога је основни задатак овог рада да покуша да одговори на неколико питања везаних за важан део казног система, казне лишења слободе: у којој мери је усвојен систем производ домаћих прилика и потреба; да ли су усвојена решења последица дотадашњег развитка кривичног права или резултат транспланта; какво место овај казнен систем заузима с обзиром на постигнути ниво теоријских схватања у ондашњој Европи. О томе колики је значај ондашњи законодавац придавао казном систему сведочи чињеница да је српски Кривични законик и класификацију кривичних дела на злочине, преступе и иступе вршио с обзиром на казну која је за поједина дела прописана.

¹ * Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који подржава Министарство просвете и науке (евиденциони број 179046).

Решењима из Кривичног законика казна лишења слободе преузима примат у односу на телесну казну, што је било у складу са основним поставкама класичне школе кривичног права. Пресудно за овакву промену био је изграђивање апарата власти и сазревање државе и друштва. Практична страна телесног кажњавања (јефтин начин кажњавања са несумњивим репресивним утицајем како на појединца, тако и на трећа лица), потиснута је схватањима да је реч о нехуманом кажњавању које не остварује основне циљеве казненог система. До тада је телесна казна била сасвим адекватна, с обзиром на обичаје, морална схватања и степен развоја српског друштва.²

2. Казне лишења слободе до доношења Кривичног законика из 1860. године³

Плуралитет казни лишења слободе предвиђен Кривичним законом из 1860. године, последица је развојка и диференцирања оваквог начина кажњавања. У држави Првог српског устанка (од када је могуће пратити еволуцију кривичног права Србије), постоји само један облик лишења слободе – *апс*. Класификација осуђених постојала је само у односу на пол. *Апсане* су се налазиле уз суднице, а уједно су (или првенствено) служиле као истражни затвори.⁴ Поред тога, оптужени су, понекад, затварани до изрицања казне или су осуђени у тим условима чекали извршења казне.⁵ За тежим обликом ове казне у то време није ни било потребе, будући да су учиниоци кривичних дела за која је касније предвиђана робија, били осуђивани на смрт или шибу. Сем тога, из

2 Колико је казна лишења слободе била ретка сведоче и статистички подаци објављени у књизи Финансије и установе обновљене Србије, М. Петровића. По извештају од 27. марта 1833. године, у целој земљи било је свега 15 осуђеника. Петорица су осуђена због убиства, двојица због покушаја убиства, четири жене због убиства новорођенчета, један због хајдучије, један због крађе и двојица због блуда. М. Петровић, *Финансије и установе обновљене Србије*, Београд 1897, 576.

3 У раду је коришћен транслитеровани текст Кривичног законика који је објављен у прилогу докторске дисертације Д. Николића. Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Градина 1991, 198-282.

4 С. Пихлер, „Основне карактеристике кривичних санкција у Србији XIX века до кодификације из 1860. године“, *Пенологија*, Београд 1974, 54. В. нпр. тачку 1254, *Деловодни протокол Карађорђа Петровића 1812-1813.*, прир. М. Недељковић, М. Станковић, Крагујевац 1988.

5 На пример, тачка 1137 „за апсенике, что су нам писали јављено им да апсенике держе подуго у апсу и после да их на шибу мету“; 1474 „да задрже и даље у апсу оне ајдуке додаљега нашега разположения), *Деловодни протокол Карађорђа Петровића*. При разматрању основних карактеристика казни у овом периоду треба имати у виду да кривични прописи готово не постоје, стога, не може бити ни говора о начелу легалитета (иако су сачувани Карађорђев законик и Законик Проте Матеје Ненадовића, не постоје поуздани подаци да су икада примењивани).

сачуваних судских пресуда може се закључити да је и *апс* изрицан изузетно ретко. Таква решења су разумљива ако се има у виду да се ради о држави *in status nascendi*, са неизграђеним апаратом власти.⁶

Да је временом дошло до диференцирања облика лишења слободе види се из сачуваних прописа. Тако, у Заповести свим нахијама од 7. јула 1820. године, помиње се тамница као казна за помагаче при отмици девојке.⁷ Облици лишења слободе су по први пут јасно одређени Устројенијем окружних судова од 26. јануара 1840. године.⁸ У члану 22 предвиђене су „вјечна робија, заточеније вјечно или привремено, робија привремена са тежким или лакшим гвожђем или без гвожђа, затвор лакшиј јавниј или домаћиј“. Међутим, и поред номиналног разликовања, за овај период се још увек не може рећи да постоји чврст казнени систем.

Каснији прописи такође иду у правцу шире примене казни лишења слободе. Тако, Закон о замени телесних казни из 1853. године утврђује сразмеру за замену казне батина затвором, а шибе робијом, уколико осуђени због слабости, болести или особитог телесног стања не може да издржи досуђену казну.⁹

Законом о дану урачунавања казни лишења слободе предвиђена је могућност да се осуђеницима време које су провели у истражном затвору урачуна у изречену казну. Из сачуваних пресуда може се закључити да је и пре законског решења постојала таква судска пракса.¹⁰

6 У литератури постоји сагласност да у то време није постојало ни номинално диференцирање казни лишења слободе. Одступање од правила (иако је, вероватно, реч само о терминолошкој недоследности, а не о квалитативно различитом начину кажњавања) представља пресуда Шабачког магистрата бр. 339 у којој се због блуда у породици пресуђује: „... а Павла да пошаљемо у Београд на робију“. Гласник српског ученог друштва, *Протоколи Шабачког магистрата од 1808. до 1812*, Београд 1868, 65.

7 „Отимач да се казни вешалима, а помагачи његови нашоштрим боем и *апсом* у тамници за годину или више на најтежу работу дати“. *Законски извори*, 51. Отмица девојке повлачила је најстроже казне још од државе Првог српског устанка (в. чл. 27 Карађорђевог законика). Иако је на први поглед неразумљиво тако строго кажњавање, треба имати у виду да су отмице могле да доведу до правога малог рата између отмицара и девојчине породице, тако да је друштвени интерес захтевао оштре мере против овог обичаја. О томе в. З. Мирковић, *Карађорђево законик (кривично, породично и државно право устаничке Србије)*, Београд 2008, 110-119.

8 Сборник закона и уредби и уредбених указа изданих у Књажевству Србији I, Београд 1840.

9 В. Закон о замени телесних казни од 31. јануара 1853. године, Т. Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865*, Београд 1967, 289 (у наставку *Законски извори*).

10 На пример, пресуда из 1844: „Да му се син Јова почем су се у име казни 70-тодневни и издржани већ *апс*, за учињено иступленије урачуна...“ *Суђења у Пожаревачком магистрату*, 172.

3. Казне лишења слободе по Кривичном законнику из 1860. године

Кривични законик из 1860. предвиђа три облика казне лишења слободе: робију, заточење и затвор. Ови облици лишења слободе разликују се по делима за која су прописани, садржини, извршењу, трајању, одмеравању казне и правним последицама које повлаче. Тако, робија може бити одређена само за злочинства, заточење за преступе или злочинства (када због неких својстава осуђеног лица служи као замена за казну робије), затвор за преступе и иступе. Робија и заточење су по самом закону бешчастеће казне, а затвор само у изузетним случајевима, одређеним Закоником. Сва три облика ове казне могу се изрећи само на одређено време, с тим што се робија и заточење могу одмеравати на године и месеце, а затвор и на пуне дане. Рад на који је осуђени обавезан током извршења ових казни се такође разликује. Робију карактерише принудни рад, осуђени на заточење се не могу нагонити на рад, док се затвореницима одређују послови који одговарају њиховом занимању на слободи. Осуђени на робију и заточење могу располагати својом имовином само пословима *mortis causa*, не и правним пословима *inter vivos*. Најзаступљенија казна лишења слободе је затвор, и то кратковремени затвор.¹¹

Кривичним закоником из 1860. године усвојен је најстарији и најпримитивнији систем уређења казних завода – систем заједничког, општег издржавања казне, што значи да сви осуђеници осуђени на једну врсту казне издржавају казну заједно.¹² Критикован у теорији још у XVIII веку,¹³ овај систем бива напуштан у многим западноевропским државама већ од почетка XIX века. Покрет за реформисање затвора и контролисање њиховог рада јавио се готово истовремено са његовим настанком. Тим пре постаје јасније колико је систем заједничког издржавања казне, предвиђен српским Кривичним закоником,

11 Такав случај није био само у Србији. Ова врста казне је осамдесетих година XIX века најзаступљенија и у Француској, Немачкој, Аустрији, Белгији, Енглеској. У теорији се због тога јавља покрет који истиче недостатке ове врсте казне. В. Б. Марковић, „Средства за замену кратковремене казне лишењем слободе“, *Архив за правне и друштвене науке* 5/1908, 144-153; Ј. Шиловић, *Kazneno pravo*, Zagreb 1920, 173 и даље; Ј. Шиловић, *Međunarodna kriminalistička udruge, Mjesečnik pravničkoga društva u Zagrebu*, Zagreb 1893, 19 и даље.

12 Поред овог система уређења казних завода, развили су се: ћелијски (филаделфијски или пенсилванијски), мешовити (њујоршки, обурнски), прогресивни (енглески), ирски (такође прогресивни са малим одступањима од предходног). Више о томе, В. Марковић, *Кривично право*, 570-577; Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део*, Београд 1933, 288-292; С. Константиновић Вилић, М. Костић, *Пенологија*, Ниш 2006, 130-142; F. Tudja, *Kaznioničtvo u obće i napose u kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji, Mjesečnik* 1888/3,4.

13 Нарочито је значајно истраживање Цона Хауарда који снажно критикује систем заједничког затвора и предлаже увођење ћелијског система. В. С. Константиновић Вилић, М. Костић, *Пенологија*, 126-128.

био застарео још у време његовог доношења.¹⁴ По речима Б. Марковића „Сви наши казнени заводи престављају једну бедну слику примитивности: сви су препуњени најразноврснијих злочинаца, све то врло рђаво утиче на њихово здравље, а о каквом поправљању не може бити ни речи, већ и онај који је непокован, живећи у друштву окорелих злочинаца, враћа се кући као спремљен злочинац.“¹⁵

Самим Законом није прецизиран циљ казне, али имајући у виду пруски Законик као узор¹⁶, Ценић наводи да се основ казне налази у правичности, тј. да правичност захтева да казна следује за зло дело, а да се приликом одређивања води рачуна и о поправљању кривца и о застрашивању. Изражавајући сумњу у поштовање ових циљева, он наводи као пример да је одмах након доношења српског Кривичног законика било случајева ослобађања по 20, 40 или 60 и више криваца једним актом, само зато што су се пред свештеником у цркви заклели да више неће грешити.¹⁷ Да се поред правичности ипак водило рачуна о корисности (полезности), говоре и допуне закона којима се, због претрпаних затвора и последица које ова казна изазива у односу на породицу затвореника, одређује да се кривци уместо затвором казне телесном казном.

Извршење казни лишење слободе обављало се или код полицијских власти (среска и окружна начелства) или, након њиховог оснивања, у казним заводима (апсанска заведенија).¹⁸ У казним заводима издржавана је робија, заточење и дужи затвор. Затвор краћег трајања по судским пресудама и затвор који је изрекла сама полицијска власт судећи иступе, издржаван је код полицијских власти.¹⁹

14 Више о настанку затвора: М. Фуко, *Надзирати и кажњавати – настанак затвора*, Сремски Карловци, Нови Сад 1997.

15 Б. Марковић, *Кривично право*, 576. За извршење казни лишења слободе, поред Кривичног законика, били су значајни и: Законик о поступку судском у кривичним делима из 1865, прописи који се тичу организовања казних завода и реда у њима (Правила о домаћем реду у казним заводима у Београду и Пожаревцу из 1868, Дужности управитеља Београдског апсанског заведења, Дужности рачуноводитеља и апсанције, Дужности свештеника Београдског апсанског заведења, Правила о осуђеничкој болници и о дужности лекара и осталих лица у болници) и нарочито Устројеније економическог апсеничког заведенија у Топчидеру из 1851.

16 Мишљење да је пруски Кривични закон послужио као узор српским законописцима представљао је полазну хипотезу. О утицајима пруског Кривичног законика В. Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Градина 1991; Т. Васиљевић, *Б. Ценић – развој кривичноправне мисли у Србији XIX века*, Београд 1987, 115.

17 *Ibid.*, 49.

18 Куриозитет представља пресуда објављена код М. Петровића, „један, који је блудно живео са снаом својом, да у манастиру Раваници, за учињено преступленије свое, чрез цели свој живот грехе каје“. М. Петровић, 576.

19 Т. Васиљевић, 228-229.

Стварно стање у казним заводима у периоду који је следио након доношења Законика најбоље можемо видети из извештаја и захтева истакнутих на скупштинама. У скупштинском извештају 1864, министар правде Лешјанин наводи да су у складу са захтевима истакнутим на Преображенској скупштини за бољим уређењем „апсанских заведенија“ како би она могла да служе за душевно и морално поправљање осуђеника, предузете одређене мере у складу са могућностима државе (подигнуте су нове зграде, затвореници се баве пољопривредним радовима и занатима, о душевном и моралном поправљању старају се свештеници).²⁰ Међутим, да то што се „није пропустило ништа чинити, што се може учинити“ није довело до задовољавајућег стања, указује извештај са следеће скупштине. Лешјанин, опет у својству министра правде, на скупштини 1867, наводи да стање затвора при окружним судовима и казним заводима не одговара свом циљу, како због недостатка места тако и због лошег стања.²¹

4. Врсте казни лишења слободе

Казне лишења слободе предвиђене Кривичним закоником из 1860. године нису по први пут уведене овим актом. Оне су, барем номинално, биле познате и пре његовог доношења. Да би се могло одговорити на питања са почетка рада о пореклу ових казни, у наставку ће за сваки облик лишења слободе бити најпре изложена и објашњена решења из Законика, потом њихово појављивање у кривичним прописима који су му претходили, као и решења из пруског Кривичног законика.

4.1. Робија

Казна робије је, после смртне казне, представљала најтежу казну. Предвиђена је чланом 14 Кривичног законика. Робија је казна која уз смрт и заточење може бити изречена за злочине. Законик предвиђа само временски ограничену робију, за разлику од уобичајених решења у оновременим европским законцима који познају и доживотну. Општи законски максимум на који се може изрећи ова казна је двадесет година, док је општи минимум две године.

Казна робије за собом повлачи губитак грађанске части, тј. Оних права предвиђених чл. 18. Осуђени на робију не могу управљати и располагати својом имовином, изузев тестаментом. У случају да осуђени има децу или поседује имовину којој је потребно старање, поставиће се старатељ за имовину и децу и једино ће се у погледу избора лица за ту функцију саслушати мишљење осуђеног (чл. 17). Осуђени на робију облаче се и хране о трошку државе.

²⁰ *Протоколи редовне Народне скупштине држане о Великој Госпођи 1864. године у Београду*, Београд 1864, 196.

²¹ *Протоколи редовне Народне скупштине држане о Миолудне 1867. године у Крагујевцу*, Београд 1868, 229.

Исто трајање временски ограничене робије (*Zuchthausstrafe*) предвиђено је и пруским Кривичним закоником, са истим правним последицама у погледу располагања имовином и губитка грађанске части (чл. 10 и 11).²²

На робију не могу бити осуђени чиновници и свештеници (чл. 24). За ова лица је, уместо робије, предвиђена казна заточења, и то у сразмери година робије за годину заточења. Законик оставља могућност суду да и „друге поштене грађане“ уместо робије осуди на заточење ако „кривац по квалитету злочиног дела то заслужује“. Међутим, и чиновник и свештеник ће бити осуђени на робију због „обзестителни и општеопасни дела као што су; опасне крађе, убијства из користољубија или други ниски умишљаја, разбојничества, ајдуковања, општеопасна паљења и тровања“.

Казна робије је главна казна. Може бити алтернативна са казном заточења (нпр. Чл. 119), супсидијарна са казном заточења (нпр. Чл. 164), супсидијарна са телесном казном (нпр. Чл. 175) и казном затвора (нпр. Чл. 176), супсидијарна са смртном казном (нпр. Чл. 298). Предвиђена је у више од четрдесет чланова.

Закоником је прописано да ће осуђени на робију носити на ногама лаке или тешке окове.²³ За лак оков одређена је тежина од две, а за тежак од четири окове (једна ока 1,28 кг). Судовима је остављено да одреде у каквом ће окуву осуђени издржавати робију.²⁴ Робија са оковом је правило, али од ње постоји изузетак у случају да је на ову казну осуђена жена. Описујући окове, Н. Капетановић наводи: „...састављен је из четири гвоздена полу-прстена. Оптуженом међу се на сваку ногу више чланака, по два таква полу-прстена, који се на својим крајевима закују гвозденим клиновима тако, да се не могу друкче отворити, док се ти клинови не пресеку. Оба прстена на својим крајевима, спојена су ланцем, који је некад дужи, те не смета ходу, а некад је састављен само из три повеће карике. У колико је тај ланац краћи, у толико оковани мора правити ситније

²² Коришћен је текст пруског Кривичног законика (*Preußisches Strafgesetzbuch*) објављен на: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf> (07.09.2011)

²³ Н. Капетановић наводи да иако Кривични закон и Законик о поступку судском у кривичним делима не предвиђа стављање окова на руке, слике у „Полицијском гласнику“ сведоче да је таква пракса ипак постојала. Н. Капетановић, „Окови по одредбама нашег закона и закона о поступку судском у кривичним делима“, *Бранич* 19-24/1900, 598.

У суседној Босни окови су били посебна казна, која је уз остале „мучителне“ казне могла бити изречена за злочинства. Законик разликује вечне и привремене окове. У члану 19 прецизирано је: „Окови (ћурек) казна је да се ко употреби за тешке послове и да има жељезо на ногама. Над оним, који је осуђен на окове извршује се и разглашење (тешхир)...“, *Царски Казнени законик, копија хатихумајуна*, Сарајево 1870.

²⁴ Суд може одредити да окривљени и за време истраге носи окове: у случају да је оптужен за злочинство за које је прописана робија или заточење преко десет година; у случају покушаја бекства; ако је опасан за безбедност других. Чак и у случају оптужбе за дело за које је прописана робија или заточење испод десет година, могуће је одредити окове ако је затвор слаб, а окривљени склон бекству (чл. 168 ЗКП).

корке...Какви се осећаји пробуђују у човеку за време тога окивања, кад га обале на земљу, и он пред собом гледа замахивање чекића и слуша потмуле ударце, који му потресају и срж у костима! Како изгледа тај злосретник, кад се после свршеног окивања дигне па почне посртати, јер му ланац не да да корача како је он навикао!?”²⁵

Од измена и допуна Кривичног законика 1902. године, робија без окова је правило, а са оковом изузетак. Овим изменама одређена су злочинства за која се може изрећи робија са оковом: разбојништво, паљевина, хајдуковање и свако оно дело за које Закон предвиђа смртну казну, случај велике кривице и поквареност кривца, хотично убиство без предумишљаја, опасна крађа или јатаковање. Изузетак чине малолетници и жене који не могу бити осуђени на робију са оковима ни за ова кривична дела.²⁶ Окови су на простору Србије укинута тек објављивањем Закона о извршењу казни лишења слободе Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године, којим се стављају на снагу и уводе у живот Кривични законик, Законик о судском кривичном поступку и Закон о извршењу казни лишења слободе.²⁷

Принудни рад је саставни део ове казне. Законик одређује да ће осуђени на робију радити тешке послове у пољу или робијашници, док је за осуђене жене предвиђен тежак рад само у робијашници. При одређивању посла не води се рачуна о занимању осуђеног.²⁸

* * *

Устројенијем окружних судова из 1840. године разликују се *вечна робија* (тамница, с „тешком или најтежом работом“) и *времена робија* која је могла бити тројака, са тешким или лаким гвожђем и без гвожђа. Временски ограничена робија је могла бити самостална и кумулативна, обично са шибом или батинама,²⁹ али никад алтернативна. Интересантно је да је могла да се изриче и у месецима. Доживотна робија досуђивана је за кривична дела против земаљских власти и поретка. У Закону којим се прописују казне и судски поступак за бунтовништво и издајство против државног поретка од 22. октобра 1843, доживотна робија предвиђена је за договор са издајничком намером (чл. 2), непријављивање

25 Н. Капетановић, 593.

26 М. Јовановић, „Робија са оковом и без окова“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-6/1906, 79-81.

27 V. Bayer, „Kazna batina u kontinentalnoj Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1/1973, 59, фн. 79.

28 Ђ. Ценић, 54.

29 В. чл. 4 Уредбе о кажњењу „крадљиваца и лопова“, од 22. маја 1845: „Лопови, да се казне „сразмерно злочинству“ и батинама и робијом „у једно исто време“ и одређену робију да издржавају у месту, које је најмање двадест сахати удаљено од места њиховог пребивања.“ *Законски извори*, 189.

издајничког дела или договора (чл. 4), подстрекавање на издајничко дело (чл. 6) и учествовање у буни против власти, судова и поретка (чл. 7).³⁰

О тежини ове казне говори и Височајне решење из 1844, у коме се прецизира статус осуђеног и његов положај одређује као грађанска смрт.³¹ Доживотна робија Кривичним закоником није предвиђена. Објашњавајући непостојање ове казне, Ђ. Ценић наводи: „Законодавство наше узимајући с једне стране у призрење да и у самом оном случају, кад закон прописује вечну робију или заточење, врло редак случај бити да који и преко 20 година у затвору пребуде, а с друге стране да је после смртне казни довољно укинуће двадесетогодишње слободе за какво учињено зло дело, притом не желећи ни кривца лишити надежде да по издржаној казни опет међу своје саграђане дође, као и ако казна оће да има за целъ поправљање, да ће се ова целъ тек онда постићи кад кривац казну издржи и међу грађане опет поврати а не да вечно у затвору остане...“³²

4.2. Заточење

Заточење је, као један облик казне лишења слободе, предвиђено у чл. 15 Кривичног законика. Ова казна се одређује као замена за робију, у случајевима кад због олакшавајућих околности суд нађе да је то потребно, с тим што постоје и кривична дела за која је у Законнику запређено само заточењем (нпр. Чл. 107, 109, 113, 124, 143). У много чему ова казна наликује робији: постоји само временски ограничено заточење; исти су општи минимум и максимум (од две до двадесет година); повлачи и губитак части; једнаке су последице везане за располагање имовином *inter vivos* и *mortis causa*; обе казне се одмеравају на године и пуне месеце. Ипак, постоје значајне разлике. Осуђени на заточење се неће окивати нити ће се нагонити на рад. Могу се хранити о свом трошку (али не по својој вољи већ како је посебним прописима одређено), сами обезбедити себи одећа, с тим што ће за сиромаше држава те обавезе преузети на себе. Како Ђ. Ценић наводи, ова казна одређује се за отменије кривце сем уколико би учинили такво дело које би показало да не заслужују посебно признање које им се указује.³³

³⁰ *Ibid*, 455-456.

³¹ Онај који је на вечиту робију осуђен, не може да се суди ни за какво више „у слободном кругу, за који се већ као мртав сматра учињено кривично дело“. Што се тиче имања и ма каквог потраживања односно овога, узимаће се у обзир и слушаће се његови наследници, који ће се и пред суд позивати, пошто је свака веза од стране грађанског друштва прекинута с оним који је на вечиту робију осуђен, „ као већ грађански мртвим“. Височајне решење од 14. јула 1844, *Ibid*, 177.

³² Ђ. Ценић, 12-13.

³³ *Ibid.*, 56.

Пруски законик у члану 13 такође поред робије предвиђа и заточење (*Einschließung*), с тим што је одређена само горња граница трајања ове казне (иста као у српском КЗ – двадесет година).

* * *

Прва законска одредба о заточењу налази се у чл. 43 Турског устава из 1838. Овим чланом предвиђено је заточење као најтежа казна на коју се могу осудити свештеници и чиновници.³⁴ Устројенијем окружних судова из 1840, одређено је да су на заточење уместо на робију осуђивани кметови, кнезови, свештеници, чиновници и сви угледнији грађани. Ова казна се могла појавити у два облика, као временски ограничена и доживотна.

4.3. Затвор

Затвор је трећи облик казне лишење слободе. Може бити одређен за преступе и иступе. Казна затвора за преступе предвиђена је чл. 20 Кривичног законика. Општи максимум за ову казну је пет година, у случају стицаја десет (чл. 69). Одређен је минимум од тридесет дана, са изузецима које сам Законик допушта. Ова казна није бешчастећа као казна робије или заточења. Затвор је главна казна, може бити алтернативна са казном робије, телесном и новчаном казном, кумулативна са телесном казном, новчаном, губитком грађанске части и лишењем звања.

За казну затвора због преступа Законик предвиђа обавезан рад осуђеника у затвору и то на истим или сличним пословима које су обављали пре пресуде. Од ове обавезе постоји неколико изузетака. Најпре, Закоником је одређено да се чиновници и свештеници не могу нагонити на рад. Сем тога, суд може ослободити ове обавезе осуђенике који су слабог здравља као и друга лица која по мишљењу суда, због неких разлога, то заслужују. Према првобитном решењу, затвореници обављају послове у затвореном простору, да не би радећи у пољу били изложени погледима. Како се приликом поделе посла међу затвореницима водило рачуна о њиховом занимању, а међу њима је највише било земљорадника који нису били вични другим пословима, дешавало се да у затвору седе беспослени, чак је било примера да сами траже да им се дозволи рад у пољу. Уз то, имања у близини затвора остајала су необрађена, па се убрзо схватило да је такво решење на штету како затвореника тако и „правитељства“. Измењена од 17. јуна 1861, додата је тачка којом се дозвољава рад затвореника изван затвора.³⁵

Затвореници се хране о државном трошку, с тим што постоји могућност да се, уколико то желе, хране о сопственом, али су притом ограничени посебним прописима. Сиромашнима држава обезбеђује и одећу. Закоником је прописано

34 В. Одабрани извори из државноправне историје јужнословенских народа, Н. Ранђеловић, М. Тодоровић-Крстић, Београд 2009.

35 Ђ. Ценић, 62.

да се затвор одређује на дане и месеце (један дан 24 сата; један месец тридесет дана). У случају замене казне затвора робијом или заточењем, дванаест месеци затвора мења се за осам месеци робије или заточења, што доста говори о односу тежина ових казни.³⁶

Казна затвора је најзаступљенија у Кривичном законнику. Запрећена је за највећи број преступа и иступа, па је сходно томе, најчешће примењивана. Ово потврђује статистика изречених казни за злочине и преступе за петогодишњи период, од 1889-1903. Казна затвора чини 78% укупних казни. Уз то, проценат примене затвора у односу на примену робије из године у годину расте. Уколико се погледа статистички приказ заступљености казни затвора различитог трајања, јасно се види да је најзаступљенији кратковремени затвор. У 1896. години, од стотину лица осуђених на затвор, 72,50% било је осуђено на затвор до пет месеци, а 37,52% на затвор до петнаест дана. Само у 8% случајева изриче се већа казна од године, јер у 92% долази казна затвора испод једне године.³⁷

Казна затвора за иступе не може бити дужа од месец дана (узимајући за један месец тридесет дана), ни краћа од једног дана (двадесет четири сата). За учињене иступе, затвор може бити са радом или без рада. Када се у пресуди ништа о томе не наводи, сматраће се да је одређено издржавање казне без рада. Ипак, круг лица која се могу осудити на затвор са радом је самим законом одређен. То могу бити само скитнице, слуге, слушкиње, шегрти и надничари. Осуђени на рад се могу употребљавати само за „правитељствене или општинске послове, као чишћење улица, поправљања путова итд.“ Жене осуђене на затвор са радом могу се употребљавати само за рад у затвореном. Осуђени на затвор због иступа храниће се о свом трошку. Изузетак су они који су „тако убоги, да ни на вересију немогу рану набављати“. Њих ће хранити општина, односно држава, у зависности од тога у ком степену су осуђени.

Пруски законодавац одређује издржавање казне затвора (*Gefängnisstrafe*) у затворским установма, где се осуђеници према својим способностима могу бавити одређеним занимањима. Максимум је исти као и у српском Законнику, пет година, док минимум не одређује (чл.14). За иступе одређује полицијски затвор, у данима и недељама. Општи минимум је један дан, док је максимум шест недеља (чл.334).

Казна затвора издржавала се у нишком и пожаревачком казненом заводу, док се затвор до шест месеци издржавао код полицијских власти. Б. Марковић наводи да се у оба казнена завода, као и код полицијских власти, затвор издржава заједнички, без икаквог подвајања с обзиром на узраст, здравље, величину казне, извршено кривично дело и поврат. Лошу слику употпуњују чињенице да осуђеници често проводе време у нераду и не обучавају се занату. Заводи немају

³⁶ Овакав начин замене казне, превиђен чланом 22 српског Кривичног законика, у потпуности одговара члану 16 пруског Кривичног законика.

³⁷ Б. Марковић, Средства за замену кратковремене казне лишењем слободе, 144-153.

свог учитеља и свештеника, док у пожаревачком чак не постоји радионица, нити завод располаже земљом коју би осуђеници обрађивали. Издржавање затвора код полицијских власти изгледа још и горе. О затвореницима се нико не стара, често се и не затварају и нема говора ни о каквом раду. Како Марковић закључује: „Издржавање затвора, као и осталих казни, дакле, састоји се у беспримерном беспосличењу, које је испуњено спавањем и забављањем. И сувише је јасно, да се од издржавања затвора на овај начин не може никако очекивати поправљање осуђеног, јер се за то ни с које стране ништа не предузима за све време издржавања казне.“³⁸

Какав је био однос становништва према овој казни говори и чињеница да је она често била прихватљивија и пожељнија за осуђене од новчане казне.³⁹ Д. Стопаловић у својим Белешкама наводи: „Имали смо прилике у својој пракси да се уверимо да велика већина осуђених сматра новчану казну за тежу од кратковремене казне затвора. Ово се свакодневно обелодањује приликом изрицања пресуда оптуженима, који увек показују готовост да новчану казну замене затвором. Дакако да има и противних случајева, али они спадају у ретке изузетке. Овоме је свакако узрок рђаво економско стање већине осуђених и слаб појам о љаги која пада на онога који иде у затвор... многи далеко више полагају на имовину, него на последице од издржаног затвора.“⁴⁰

Законом о кривичном поступку предвиђена је могућност одлагања почетка издржавања казне у случајевима „ако би пољски радови, препитање невине фамилије, и у обште велика штета, неред и незгода у имању осуђеног наступила, кад би се одма затворио“. Одлагање може одобрити само министар правде, најдуже за три месеца (чл. 294).⁴¹

* * *

У прописима који су претходили Кривичном законнику из 1860, одредбе о казни затвора налазимо у Устројенију окружних судова из 1840. године, где је у чл. 22 као облик лишења слободe одређен затвор - јавни и домаћи. Деценију касније је Полицијском уредбом у члану 43 одређено да казна затвора има два степена. Први степен подразумева полицијски затвор без гвожђа, други -

38 *Ibid.*, 152.

39 Кривични законник из 1860. недвосмислено одређује однос тежина ових казни. Чланом 30 предвиђено је да уколико постоји могућност избора између новчане казне и затвора, суд може одредити новчану казну само у блажим случајевима.

40 Д. Е. Столовић, „Белешке (Неколико речи поводом питања о условној осуди)“, *Архив за правне и друштвене науке*, 6/1907, 426-427, према: М. Павловић, „Слабост кривичне пресуде у Србији крајем XIX и почетком XX века“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 90.

41 *Кривични (Казнени) Законик и Законик о поступку судском у кривичним делима Краљевине Србије с кратким објашњењем (с обзиром на одлуке Касационг Суда)*, Тома Живановић, Београд 1913.

строги затвор или затвор са лаким гвожђем⁴². Као изузетак, у чл. 44 предвиђена је могућност да на домаћи (кућни) затвор буду осуђени „одабрани и иначе доброг владања људи, који су особитог призренија достојни, а и они, којима би посао и фамилије страдале кад би се од свои кућа удалили“. Истом уредбом предвиђена је и могућност поштравања казне затвора додавањем телесне казне, обављањем јавних општинских послова или слабијом исхраном затвореника („двапут у седмици или свакиј трећиј дан само сува леба и воде“, чл.48).⁴³ Колика је произвољност постојала у изрицању ове казне илуструју сачуване пресуде. Тако су, на пример, због неуљудног одговора турском дечаку, тројица лађара осуђена на по 25 батина и осам сати затвора.⁴⁴

5. Закључак

Робија, заточење и затвор, као облици лишења слободе, постојали су у казеном праву Србије и пре доношења Кривичног законника 1860. године. Међутим, ове казне су до тада постојале само номинално, без прецизног дефинисања њихове природе и садржаја и самим тим без прецизног одређења разлике међу њима. Облици казне лишења слободе су Закоником прецизно одређени, исто тако и минимум и максимум ових казни којих су се судови, приликом изрицања казни, морали придржавати. Укинуте су доживотне казне лишења слободе, што представља напредно и не тако често решење у оновременим законцима, различито и од дотадашњег законодавства, и од узора по којем је српски Кривични законик рађен (пруски Кривични законик из 1851). Српски законодавац се, у овом питању, руководио више науком и искуством, него решењима у другим законодавствима.

Код робије, заточења и затвора, казни које деценијама постоје у српским кривичним прописима, позајмице се углавном тичу правне технике. Пруски законик, са развијенијом правном техником и истанчанијим правним језиком, послужио је за преузимање већ готових решења. Може се закључити да су недовољно дефинисани, дотад постојећи облици казни, у Кривичном законнику из 1860. године добили своју садржину путем рецепције.

⁴² На пример пресуда бр. 301 из 1841. године. *Суђења у Пожаревачком магистрату*, 163-164.

⁴³ *Законски извори.*, 225.

⁴⁴ Пресуда из 1830. године. Б. Перуничкић, *Београдски суд 1819-1839*, Београд 1964, 466.

Миљана Тодоровић

Miljana Todorović, LL.B.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**THE SENTENCE OF IMPRISONMENT
UNDER THE SERBIAN CRIMINAL CODE OF 1860**

Summary

The Serbian Criminal Code of 1860 envisaged three forms of imprisonment: penal servitude, incarceration and confinement. In this article, the author explores these legal solutions and the problems underlying their implementation, examines the origins of the prescribed forms of imprisonment and their legal grounds in the historical development of penal law, provides a historical overview of the development of punishment by imprisonment in the legal provisions and preserved court decision, and discusses their position in the Serbian penal system of that time. Further on, the author compares the provisions on the punishment by imprisonment as contained in the 1860 Serbian Criminal Code with the relevant provisions contained in the Prussian Criminal Code of 1851 (which served as a model for drafting the Serbian legislation) and explores its impact on the Serbian Criminal Code.

Key words: *Criminal Code of 1860, imprisonment, penal servitude, incarceration, confinement.*

ПОСТУПАК ЗА ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА У ПРАКСИ ОСНОВНОГ СУДА У НИШУ¹

Анстракт: У првом делу рада ауторка се бави нормативном и теоријском анализом материјалних и процесних одредаба за лишење родитељског права као и разматрањем начина за унапређење постојећег законског оквира. У другом делу рада представљани су и анализирани резултати емпиријског истраживања које је обухватило правноснажно окончане предмете Основног суда у Нишу у поступцима за делимично и потпуно лишење родитељског права у периоду 2005 – 2011. година. Циљ овог истраживања био је да се утврде разлози из којих у пракси долази до лишења родитељског права и укаже на потешкоће које у овим поступцима настају као и на потенцијалне начине за њихово превазилажење.

Кључне речи: лишење родитељског права, концепт родитељског права, права детета.

1. Уводне напомене

Међународни документи и савремена породичноправна доктрина једногласни су у ставу да је породица најприроднија и уједно идеална средина за развој детета. Конвенција о правима детета, најзначајнији међународни документ којим су посебно дефинисана права детета, на више места потврђује овај став.² Већ у преамбули Конвенције истиче се да су стране уговорнице уверене да породици, као основној јединици друштва и природној средини за развој и благостање свих њених чланова, а посебно деце, треба да буде пружена неопходна заштита и помоћ како би могла у потпуности да преузме одговор-

1 Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број Пројекта је 179046).

2 Convention on the Rights of the Child (Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 15/90 и „Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“ бр. 4/96 и 2/97), у даљем тексту и Конвенција.

ност у заједници. Сагласно томе, јасно је артикулисан став да дете, у циљу потпуног и складног развоја личности, треба да расте у породичној средини, у атмосфери среће, љубави и разумевања. Ови начелни ставови разрађени су установљавањем обавеза државама да уложе највеће могуће напоре како би се обезбедило признавање принципа да оба родитеља имају заједничку и превасходну одговорност у подизању и развоју детета, при чему су стране уговорнице дужне да пруже одговарајућу помоћ родитељима у остваривању одговорности за подизање детета.³ Сличне обавезе прописују и два значајна регионална документа, Америчка конвенција о људским правима и Афричка повеља о правима и добробити детета.⁴

У теорији породичног права влада неподељен став да су родитељи најодговорнији део породице и да имају превасходну одговорност према деци⁵, да породица представља уобичајену и најприроднију средину у којој дете живи и у којој се права детета остварују,⁶ те да породица, више и боље него и једна друга друштвена група повезује друштво и појединца, универзалност људске потребе за породицом и индивидуалност значаја породице за живот сваког појединца, и то за целокупан његов живот.⁷

Ипак, односи у породици нису увек такви да представљају идеалну средину за развој детета и формирање здраве личности. Истраживања показују да је насиље над децом у породици распрострањена појава чијем санкционисању треба озбиљно приступити⁸. Сматра се да је у Србији свако дете бар једном

3 Чл. 18. Конвенције о правима детета.

4 American Convention on Human Rights, чл. 17: Породица је природна и основна јединица друштва која подлеже заштити друштва и државе; чл. 19: Свако дете има право на мере заштите које захтева његов статус, а као члан своје породице, друштва и државе. African Charter on the Rights and Welfare of the Child, чл. 20: Одговорност родитеља – Родитељи или друге особе одговорне за дете имају примарну одговорност за подизање и развој детета и следеће обавезе: (а) да најбољи интерес детета буде њихова основна брига у сваком тренутку; (б) да обезбеде, у складу са својим могућностима и финансијским капацитетима, услове живота неопходне за дететов развој; (в) да домаћу дисциплину спроводе хумано и у складу са урођеним достојанством детета. European Convention on Human Rights (Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“ бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005), са друге стране, не штити искључиво породицу нити уређује односе родитеља и деце, већ чланом 8. штити право на приватни и породични живот, на тај начин што прописује да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

5 Поњавић З, Породично право, Крагујевац, 2011, стр. 231.

6 Вучковић Шаховић Н, Права детета и међународно право, 2000, стр. 154.

7 Драшкић М, Породично право и права детета, 2009, стр. 56.

8 Према резултатима истраживања у Сједињеним Америчким Државама само током 1992. године пријављено је три милиона случајева злостављања и занемаривања деце службама социјалне заштите, а сваке године у истој земљи због малтретирања умре 2000 – 4000 деце

било изложено неком облику насиља, а 10 % их је перманентно изложено тежим облицима физичког или сексуалног злостављања. Деца су најчешће психички злостављана – у 29 % случајева, физички у 22 % случајева, а 4 % деце је приморано да ради.⁹

Задатак државе јесте да, прописујући пожељан модел понашања родитеља и санкције за одступање од њега, заштити децу од сваког вида злостављања и злоупотребе.¹⁰ Веће мешање државе у личне односе између родитеља и деце¹¹ омогућио је нов концепт родитељског права. Услед популаризације људских права и издвајања права детета као посебне категорије, дошло је до промене схватања о суштини и садржини родитељског права, чију окосницу данас чине дужности родитеља.¹² У том смислу, и одредбама Породичног закона¹³ наглашава се да је родитељско право изведено из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета. Сам термин „родитељско право“ замењује се термином „одговорност родитеља“, јер он упућује на нов начин сагледавања детета као правног субјекта и примарну одговорност родитеља за његов правилан раст и развој. У циљу заштите детета, држава је прописала одређене мере које имају за циљ да превентивно или репресивно делују на штетно понашање родитеља.

(Голубовић Г, Клинички аспекти злостављања деце, у: Годишњак за психологију (година III, број 3), Ниш, 2004, стр. 66). У Русији годишње од последица насиља у породици умре 2000 до 2500 деце, око два милиона деце до 14 година су жртве физичког злостављања, док око 50000 деце побегне из родитељског дома да би избегло родитељско насиље (Iarskaia-Smirnova E. R, Romanov P. V, Antonova E. P, Domestic Violence Against Children - Strategies of Explanation and Counteraction, Russian Education and Society, vol. 50, no. 11, November 2008, pp. 20–35).

9 <http://www.nasiljeuporodici.rs>, приступ сајту 16. августа 2011.

10 Van Bueren G, *The International law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 86 – 87. Под окриљем међународног права, држава је резервисала за себе право да интервенише када верује да је то у најбољем интересу детета. Међународно право одређује критеријуме и уређује када држава може да одвоји дете од његове породице, и такође одређује услове под којима држава може да делује *in loco parentis*.

11 У прво време, римска *patria potestas* представљала је доживотну и јаку власт *pater familias* над децом и свим даљим потомцима. Син који је одрастао и засновао сопствену породицу и даље се налазио под влашћу свог *pater familias*. Однос родитеља и деце кроз историју је еволуирао, тако да је у средњем веку, очинска власт, *mundium*, обухватала и идеју о дужностима оца, без обзира што се он сматрао врховним господарем жене и деце. Институт очинске власти преузели су, уз извесна ограничења, Француски грађански законик и Аустријски грађански законик. Тек у XX веку догодиле су се веће промене у схватањима специфичног положаја детета па је прихваћена установа родитељског права, односно родитељског старања, као законски појам за скуп права и обавеза које у породичном праву постоје између родитеља и деце (Драшкић М, *op. cit.*, стр. 174 – 177).

12 Драшкић М, *op. cit.* стр. 277; Вучковић Шаховић Н, *op. cit.*, стр. 160; Јањић - Комар М, Обретковић М, *Права детета – права човека*, Београд, 1996, стр. 14.

13 Чл. 67. Породичног закона, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, у даљем тексту и ПЗ.

Надзор над вршењем родитељског права¹⁴ јесте мера којом се родитељима помаже у вршењу родитељског права или се утиче на њихово понашање. Јавља се као превентивни надзор, када орган старатељства доноси одлуке којима омогућава родитељима да врше родитељско право, и као корективни надзор, када орган старатељства доноси одлуке којима исправља родитеље у вршењу родитељског права и покреће судске поступке у складу са законом.

Строжа мера коју држава може изрећи родитељима услед злоупотребе или занемаривања родитељског права јесте лишење родитељског права¹⁵. Ова мера објашњава се доктрином *Parens patriae*, према којој држава истиче свој интерес за бригу и старатељство над децом и другим лицима која не могу да се старају о својим интересима.¹⁶ Према једном тумачењу ове теорије, првенствено право да се стара о бризи и подизању деце припада држави, а не родитељима. Држава родитељима само делегира скуп права која улазе у опсег родитељског права и одређује им циљеве које треба да остваре, па је и овлашћена да им одзме родитељско право уколико се понашају супротно њеним жељама. Према другом тумачењу, овом теоријом се само потврђује интерес државе у заштити и подизању деце. Права родитеља не извиру из права државе, али она има овлашћење да заштити децу од родитеља који злоупотребљавају своја права.

Лишење родитељског права је универзална мера за санкционисање понашања родитеља, које се у нашем праву јавља у виду потпуног и делимичног лишења. Правилима материјалног права прописани су услови за лишење родитељског права, док је правилима процесног права прописан посебан поступак за лишење родитељског права. Уређивањем поступка за лишење родитељског права, као посебног метода за пружање правне заштите у једној специфичној правној ствари каква је лишење родитељског права, законодавац је настојао да поступак прилагоди карактеристикама родитељско дечијег односа.

Институт лишења родитељског права је у српском праву претрпео значајне измене после доношења Породичног закона 2005. године.¹⁷ Наиме, према правилима ранијег законодавства, поступак за лишење родитељског права

14 Чл. 79 – 80. ПЗ.

15 Чл. 81 – 82. ПЗ.

16 Hubin D, Parental Rights and Due Process, *The Journal of law and family studies*, Volume 1, Number 2 (1999), p. 123 – 150. Ова доктрина, настала у Енглеској у XIII веку, у прво време је означавала да је краљ отац државе и да он или влада имају обавезу да се брину о свима који нису способни да се старају о својим интересима.

17 Још у Српском грађанском законнику, у чл. 116. истиче се да ове дужности (дужности родитеља из чл. 115, прим. аут), које поглавито на оцу леже, ако би родитељи очевидно пренебрегавали на губитак среће дечије, онда има власт задружни старешина, који је за добро владање и поредак кућана под одговором, пристојним начином, који ако не помаже, и самим судским путем, настајати, да ови дужностима својим задоста учине.

одвијао се по правилима ванпарничног поступка.¹⁸ До оступања од овакве праксе вероватно је дошло зато што је законодавац сматрао да парнични поступак пружа веће гаранције за доношење законите и правилне одлуке. Управо је та новина била повод да се испита пракса Основног суда у Нишу у вези са лишењем родитељског права.

Предмет овог рада јесте нормативна и теоријска анализа материјалних и процесних одредаба за лишење родитељског права као и представљање и анализа резултата емпиријског истраживања. Временски оквир истраживања, период 2005 – 2010. година, одређен је управо да би се сагледао начин примене пре свега процесних правила према одредбама новог породичног законодавства и донете одлуке о овој правној ствари.

2. Теоријски оквир истраживања

2.1. Материјалноправни основ за лишење родитељског права

2.1.1. Потпуно лишење родитељског права

Према Породичном закону до потпуног лишења родитељског права може доћи уколико родитељ злоупотребљава или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.¹⁹ Законодавац је, *exempli causa*, навео начине на које се могу злоупотребљавати права: ако физички, сексуално или емоционално злоставља дете, ако изабљује дете силећи га на претерани рад, или на рад који угрожава морал, здравље или образовање детета, односно на рад који је забрањен законом, ако подстиче дете на вршење кривичног дела, ако навикава дете на одавање рђавим склоностима или ако на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права. Док се злоупотреба родитељског права најчешће остварује чињењем, до грубог занемаривања дужности најчешће долази пропуштањем родитеља да изврши неку своју дужност. Такође егземплично, законодавац наводи следеће разлоге за лишење: ако је родитељ напустио дете, ако се уопште не стара о детету са којим живи, ако избегава да издржава дете или да одржава личне односе са дететом са којим не живи, односно ако спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи, ако с немаром и неоправдано избегава да створи услове за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите за смештај корисника, или ако на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.

Злоупотреба и грубо занемаривање дужности из садржине родитељског права јесу правни стандарди који су конкретизовани кроз примере. На тај начин листа могућих начина није закључена, већ на судији остаје да према

¹⁸ Овај поступак био је регулисан Законом о ванпарничном поступку, „Сл. гласник СРС“, бр. 25/82, 45/88, у даљем тексту и ЗВП.

¹⁹ Чл. 81. ПЗ.

околностима сваког конкретног случаја изврши правну квалификацију и утврди да ли понашање родитеља у конкретном случају може да се квалификује као злоупотреба, односно грубо занемаривање родитељског права. Приликом конкретизације ових стандарда, суду могу бити од помоћи и дефиниције релевантних појмова, утврђене Општим протоколом за заштиту деце од злостављања и занемаривања,²⁰ који је усвојен 2005. године.

На овај начин формулисани, разлози за лишење родитељског права готово су исти као и у породичним законодавствима држава у региону.²¹ Са друге стране, ПЗ нису предвиђени разлози који се тичу здравственог стања родитеља, а који су прописани у појединим страним законодавствима.²²

Нарочито бих скренула пажњу на могућност да суд лиши, и то у потпуности, родитељског права родитеља који спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи. Посебно издвајање овог разлога у ПЗ је за сваку похвалу имајући у виду досадашњу негативну праксу домаћих

20 Према овом Протоколу, злоупотреба или злостављање детета обухвата све облике физичког или емоционалног злостављања, сексуалну злоупотребу, занемаривање или немаран поступак, као и комерцијалну или другу експлоатацију, што доводи до стварног или потенцијалног нарушавања дететовог здравља, угрожавања дететовог развоја или достојанства у оквиру односа који укључује одговорност, поверење или моћ. (www.inkluzija.org, приступ сајту 16. августа 2011).

21 Закони суседних држава на сличан начин прописују разлоге за лишење родитељског права. Тако, Обитељски закон Републике Хрватске („Народне новине РХ“ бр. 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007) у чл. 114. наводи да ће суд у ванпарничном поступку родитеља који злоупотребљава или грубо крши родитељску одговорност, лишити дужности и права на родитељско старање. Даље су прецизирани начини на које родитељ може повредити своје дужности, а међу онима који се разликују од домаћег ПЗ јесу изложеност насиљу између одраслих чланова породице и непоштовање мера које је ради заштите права и добробити детета донело надлежно тело. Породични закон Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 54/2002) чланом 106. прописује да ће родитељу који злоставља дете, злоупотребљава родитељско право, или је напустио дете, занемарио бригу о детету и занемарио родитељске дужности суд у ванпарничном поступку одузети родитељско право. У наставку се овај правни стандард разрађује на готово истоветан начин као у хрватском Обитељском закону. И Породични закон Црне Горе („Сл. лист РЦГ“ бр. 1/2007) прописује у чл. 87. да се родитељ који злоупотребљава родитељско право или грубо занемарује родитељске дужности лишава родитељског права што је конкретизовано на сличан начин као и у осталим наведеним законима. У циљу лишења родитељског права, спроводи се ванпарнични поступак.

22 На дан 25. августа 2005. године, 37 америчких држава је предвиђало неку врсту заосталости као разлог за лишење родитељског права, док 14 није. Од тих 37 држава, 36 је истакло психичку болест, 32 интелектуалну или развојну заосталост, 18 емоционалну неразвијеност а осам психичку неразвијеност као посебан разлог за лишење родитељског права. Овакве одредбе изазвале су критике на рачун дискриминације лица са инвалидитетом. (Kundra L, Alexander L, Termination of Parental Rights Proceedings: Legal Considerations and Practical Strategies for Parents with Psychiatric Disabilities and the Practitioners Who Serve Them, *Psychiatric Rehabilitation Journal* 2009, Volume 33, No. 2, 142–149).

судова да не санкционишу родитеље који су спречавали контакт детета и другог родитеља. Овакво поступање судова довело је и до доношења једне од првих пресуда Европског суда за људска права против Србије, у случају *В.А.М. против Србије*, којом је одлучено да је држава прекршила чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права (право на правично суђење), чл. 8. (право на лични и породични живот) и чл. 13. (право на делотворни правни лек).²³

Санкција за потпуно лишење родитељског права јесте лишавање родитеља свих права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете. Садржину родитељског права чини старање о детету, чување и подизање детета, васпитавање детета, образовање детета, заступање детета, издржавање и управљање и располагање имовином детета.²⁴

2.1.2. Делимично лишење родитељског права

Када је реч о разлозима за делимично лишење родитељског права, законодавац је користио метод генералне клаузуле, постављајући правни стандард који ближе не појашњава ниједним примером. Наиме, према чл. 82. ПЗ, делимично може бити лишен родитељског права родитељ који несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.

За разлику од дескриптивног начина на који је регулисао потпуно лишење родитељског права, законодавац се код делимичног лишења родитељског права определио да не да ниједан пример на основу кога би судија умео да препозна да је реч о понашању које је мање од нпр. занемаривања а више од друштвено неуобичајеног, али правно дозвољеног модела чувања и васпитања детета. Чини се да би то могло имати штетне последице у смислу неуједначене примене закона и неједнакости грађана пред законом, а у зависности од личног осећаја судије шта „несавесност“ значи. Из овог разлога можда би било корисније детаљније и прецизније уредити овај вид лишења, навођењем примера несавесног вршења права и дужности из садржине родитељског права, уз остављање могућности судији да друге, сличне примере подведе под овај правни стандард.

Санкција за делимично лишење родитељског права јесте лишење родитеља једног или више права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете.

²³ У случају *В.А.М. против Србије (Представка број 39177/05)*, подносиатељка пресуде, оболела од ХИВ вируса, пред домаћим судом покренула је поступак за вршење родитељског права над малолетним дететом. Њен бивши супруг одвео је дете и онемогућио јој сваки даљи контакт са њим, а сви њени покушаји да преко суда издејствује одлуку о вршењу родитељског права остали су узалудни. Основни разлог била је немогућност суда да изврши достављање туженом, због чега је поступак трајао готово осам година. Чак ни привремена мера којом се њој омогућава да два пута месечно виђа дете од 1999. до 2006. године није уручена. Суд је на име накнаде нематеријалне штете и трошкова поступка подносиатељки пресуде досудио накнаду од 20 000 еура.

²⁴ Чл. 68 – 74. ПЗ.

2.2. Поступак у парницама за лишење родитељског права

На парнице за лишење родитељског права примењују се правила посебног парничног поступка, у ПЗ означеног као Поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права. Овај „омнибус“ поступак примењује се у парницама за заштиту права детета за који није предвиђена примена неког другог поступка, у парницама за вршење родитељског права и у парницама за лишење родитељског права.²⁵ На овај поступак супсидијарно се примењују одредбе Закона о парничном поступку.²⁶

Поступак у парницама за лишење родитељског права може се водити и као адхезиони поступак уз поступак у брачним парницама, у матернитетским и патернитетским парницама у парницама за заштиту права детета и у парницама за вршење родитељског права.²⁷

До доношења Породичног закона 2005. године, метод правне заштите био је ванпарнични поступак. Имајући у виду комплексност правне ствари о којој је реч, разумљив је *ratio* законодавца да овај поступак „преобрати“ у парнични, будући да се сматра да парнични поступак, као општи, основни и редовни метод правне заштите, својом структуром пружа веће гаранције да ће бити донета законита одлука.

2.2.1. Начела поступка

Имајући у виду све специфичности лишења родитељског права, законодавац је модификовао правила општег парничног поступка и прописао посебне радне методе за овај поступак.

Руководни принцип у парницама за лишење родитељског права јесте принцип заштите најбољег интереса детета. Конвенција о правима детета прописује да у свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета биће од првенственог значаја.²⁸ Не постоји јединствена дефиниција овог појма, али он у најширем описује добробит детета која је условљена различитим индивидуалним карактеристикама, као што су узраст, степен зрелости детета, присуство или одсуство родитеља, дететово окружење и искуство.²⁹

²⁵ Петрушић Н, Поступак за лишење родитељског права, у: Билтен судске праксе, бр. 30, Ниш, 2009, стр. 97.

²⁶ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“ бр. 125/04, 111/09.

²⁷ Чл. 226, 260. и 273. ПЗ.

²⁸ Чл. 3. Конвенције о правима детета.

²⁹ UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008, (www.unhcr.org, приступ сајту 18. августа 2011).

Поступак за лишење родитељског права нарочито је хитан. Прво рочиште заказује се тако да се одржи у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суд. Другостепени суд дужан је да донесе одлуку у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба.³⁰ Када се ове норме сагледају заједно са заједничким одредбама ПЗ које се односе на поступке у вези са породичним односима, према којима се тужба не доставља туженом на одговор, а поступак се, по правилу, спроводи на највише два рочишта, види се пажња коју је законодавац показао приликом креирања посебних начела овог поступка.

У овом поступку доминира истражно начело,³¹ јер суд може утврђивати чињенице и када оне нису међу странкама спорне, а може и самостално истаживати чињенице које ниједна странка није изнела.³²

Начело диспозиције је такође ограничено, јер се у овом поступку не може изрећи пресуда због пропуштања нити пресуда на основу признања или одрицања.³³

Према заједничким одредбама које важе за све поступке у вези са породичним односима, у поступку у парницама за лишење родитељског права јавност је искључена. Подаци из судских списа спадају у службену тајну и њу су дужни да чувају сви учесници у поступку којима су ти подаци доступни.³⁴

2.2.2. Учесници у поступку – суд, странке и учесници у ширем смислу

За вођење поступка за лишење родитељског права стварно је надлежан основни суд. Месно је надлежан суд опште месне надлежности, а примењују се и правила о изборној надлежности, тако да се поступак може покренути и пред судом на чијем подручју дете има пребивалиште, односно боравиште.³⁵ Због осетљивости родитељско децјег односа, и односа у оквиру породице уопште,

³⁰ Чл. 269. ПЗ.

³¹ Карактеристична начела општег парничног поступка јесу начело диспозиције и његов пандан, када је прикупљање процесног материјала у питању, расправно начело. Суд чињеничу грађу не прикупља по службеној дужности, већ је добија од странака (*Iudex iudicare debet secundum allegata et probate a partibus*).

³² Чл. 205. ПЗ.

³³ Чл. 271. ПЗ. У овом и још неким члановима ПЗ законодавац користи термин „спор“, а у појединим „поступак“, мислећи, у оба случаја на поступак. Ваља, ипак, нагласити да ови термини нису синоними јер (грађанскоправни) спор настаје између страна у једном стварном или хипотетичком грађанскоправном односу представља њихово неслагање и сукоб интереса, док парнични поступак представља посебну делатност која се састоји у судском решавању грађанскоправног спора. (Станковић Г, Грађанско процесно право – парнично процесно право, 2010, стр. 35 – 39).

³⁴ Чл. 206. ПЗ.

³⁵ Чл. 261. ПЗ.

у поступцима по овим правним стварима поступа специјализовано веће. У првостепеном поступку суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, при чему судија мора бити лице које је стекло посебна знања из области права детета, а судије поротници се бирају из редова стручних лица која имају искуства у раду са децом и младима.³⁶

Активно процесно легитимисани субјекти за покретање поступка за лишење родитељског права јесу: дете, други родитељ, јавни тужилац и орган старатељства.³⁷ Ово законско решење представља новину, будући да су до 2005. године ванпарнични поступак за лишење родитељског права могли су да покрену орган старатељства, јавни тужилац и други родитељ.³⁸

Поступак се покреће тужбом. Право и дужност да обавесте јавног тужиоца или орган старатељства о разлозима за лишење родитељског права имају све дечје, здравствене и образовне установе или установе социјалне заштите, правосудни и други државни органи, удружења и грађани.³⁹ Пасивно процесно легитимисан може бити један или оба родитеља.

Дете као странку заступа законски заступник. Ако између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси, дете ће заступати колизијски старатељ. Уколико је навршило 10. годину живота и способно је за расуђивање, дете то може да затражи и само, односно преко неког другог лица или установе од органа старатељства.

У случају да суд утврди да је у овом поступку странка дете које је способно да формира своје мишљење, дужан је да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да том мишљењу посвети дужну пажњу у складу са дететовим годинама и зрелашћу, те 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.⁴⁰ Међутим, у литератури се указује на неколико проблема везаних за овако конципирано право детета да изрази

36 Чл. 203. ПЗ.

37 Чл. 264. ПЗ.

38 Дете у овом поступку није имало активну процесну легитимацију, мада је имало својство учесника у поступку. (Станковић Г, Грађанско процесно право, 1989, стр. 464). Поступак се покретао предлогом овлашћеног лица. И круг субјеката који су могли да траже враћање родитељског права био је сужен у односу на важеће прописе. Тако су, према правилима Закона о браку и породичним односима, предлог могли да поднесу орган старатељства и родитељ. (Чл. 142. Закона о браку и породичним односима „Сл. гласник СРС“, бр. 22/80, 24/84, 11/88, „Сл. гласник РС“ бр. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/2001, у даљем тексту и ЗБПО.

39 Иако, поред права, законодавац прописује и дужност наведених субјеката да укажу на постојање разлога за лишење родитељског права, он не наводи и санкцију за пропуштање ове дужности.

40 Чл. 265 – 266. ПЗ.

своје мишљење.⁴¹ Најпре, ово право је лимитирано на тај начин што је признато само детету старијем од 10 година. Ове одредбе су у нескладу са Конвенцијом о правима детета, која право детета на слободно изражавање мишљења не везује за узраст детета, већ за његову могућност да формира мишљење, што зависи од низа индивидуалних карактеристика. Даље, законодавац везује остваривање овог право за најбољи интерес детета, пошавши од става да право на слободно изражавање мишљења и принцип најбољег интереса детета могу бити међусобно контрадикторни и да у том случају превагу носи најбољи интерес детета, што се данас сматра превазиђеним теоријским ставом. На крају, указује се и на то да је само право на изражавање мишљења, а не и право на уважавање мишљења, повезано са најбољим интересом детета, што може довести до тога да дете неосновано буде лишено права да изрази своје мишљење.⁴²

Наредно питање односи се на положај детета када оно није странка у парници, у случајевима када поступак покрену остали активно процесно легитимисани субјекти. Све напред наведене обавезе суда и колизијског старатеља у вези са правом детета да изрази мишљење, примењиве су, по слову закона, само на ситуације у којима је странка дете. За разлику од неких других поступака за решавање породичноправних спорова, законодавац у парници за лишење родитељског права није предвидео нужно супарничарство детета и оба родитеља.⁴³ Уколико дете у парници није стекло положај странке, оно је, како се у литератури наводи, „невидљива“, „прикривена“ странка, без обзира на то што се парница води управо ради заштите његовог права⁴⁴. Дете може имати свој лични интерес, који може бити у супротности са интересима оне странке која је покренула поступак. Међутим, чак и да препозна сукоб интереса детета и странке која у своје име води парницу за лишење родитељског права, суд нема могућности да реагује и постави детету привременог заступника јер дете, формално, нема положај странке у поступку.

На ово питање се надовезује и проблем супротних интереса детета и његовог законског заступника када се они налазе у истим страначким улогама. Утврђивање постојања сукоба интереса у овом случају је двоструко тежак задатак, јер, са једне стране, интерес заступника може бити прикривен, а са

⁴¹ Петрушић Н, Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије, у: Новине у породичном законодавству, Ниш, 2006; Петрушић Н, Право детета на слободно изражавање мишљења, у: Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3 (2007);

⁴² Опширније: Петрушић Н, Право детета на слободно изражавање мишљења, *op. cit.*, стр. 521 – 540.

⁴³ За поједине поступке, попут поступка за утврђивање и оспоравања материнства и очинства и поступка за поништај признатог очинства, законодавац је изричито прописао нужно и јединствено супарничарство, чл. 256. ПЗ.

⁴⁴ Петрушић Н, Заступање детета у парници, у: Правни живот, 10 (2006), стр. 169 – 191.

друге стране, није лако утврдити шта у конкретном случају заиста представља интерес детета. Из тог разлога, у литератури се предлаже примена немачког модела, којим је утврђено да се у одређеним поступцима детету обавезно поставља посебан старалац⁴⁵.

Орган старатељства се, осим као тужилац, у овом поступку може јавити и у другим улогама. Тако, пре него што донесе одлуку о заштити права детета или о вршењу односно лишењу родитељског права, суд је дужан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.⁴⁶ Такође, орган старатељства помаже суду и органу управе да се утврди мишљење детета у ситуацијама у којима је то могуће.⁴⁷

Поступак за враћање родитељског права могу покренути исти субјекти који су овлашћени да покрећу поступак за лишење родитељског права, као и родитељ који је лишен овог права. Међутим, није јасно ко би у поступку за враћање родитељског права био пасивно процесно легитимисано лице, будући да је законодавац пропустио да уреди ово питање.⁴⁸ Може се само претпоставити да је овај пропуст последица чињенице да је и овај поступак до 2005. године био регулисан ЗВП, тако да се ово питање у ванпарничном поступку није постављало јер ванпарнични поступци могу бити и једностраначки. Законодавац ни у парници за враћање родитељског права није предвидео нужно супарничарство детета и оба родитеља. Осим тога, не би имало смисла да уколико парницу за враћање родитељског права покрену дете, родитељ који врши родитељско право, јавни тужилац или орган старатељства, тужени буде родитељ који је лишен родитељског права. Претпоставка је да би он и сам покренуо овај поступак да су се за то стекли услови, а у случају да он сам оспорава тужбени захтев за враћање родитељског права, не би било у најбољем интересу детета, врховном принципу којим се суд треба руководити, да се усвоји такав тужбени захтев.

2.2.3. Тужбени захтев

Тужбом за лишење родитељског права тужилац захтева од суда да тужени буде лишен свих или појединих овлашћења из садржине родитељског права.

45 Суд је овлашћен да детету постави посебног стараоца кад утврди да су интереси детета у знатној супротности са интересима његовог законског заступника, кад садржину поступка чине мере због угрожавања добробити детета, са којима је повезано одвајање детета од његове породице или одузимање целокупног старања о личности детета, као и онда кад садржину поступка чини одузимање детета од супружника, „животних партнера“, хранитеља, или лица овлашћених на одржавање личних контаката са дететом. (Петрушић Н, Заступање детета у парници, ор. cit, стр. 183).

46 Чл. 270. ПЗ.

47 Чл. 65. ст. 6. ПЗ.

48 Познић Б, Ракић Водинелић В, Грађанско процесно право, Београд, 2010, стр. 474.

По својој правној природи, ова тужба је конститутивна јер се њоме тражи да се пресудом изрекне одређена правна промена. У погледу садржине тужбе примењују се општа правила парничног поступка. Тужба мора да садржи све елементе које прописује ЗПП у делу који се односи на формалну уредност тужбеног поднеска.⁴⁹

Правило процесног права јесте да суд не може досудити ништа друго и ништа више од онога што тужилац тражи тужбеним захтевом (*Ne eat iudex ultra et extra petita partium*). Са друге стране, суд може досудити мање од онога што тужилац тражи. На основу тог правила, поставља се питање да ли се тужбени захтев за потпуно лишење родитељског права може само у целости усвојити. Тачније, да ли се у захтеву за потпуно лишење родитељског права може имплицитно препознати захтев за делимично лишење родитељског права? Разлози за потпуно лишење родитељског права егземпликативно су набројани у Породичном закону, али се могу сврстати у две велике групе, злоупотребу родитељског права и грубо занемаривање дужности из садржине родитељског права. Са друге стране, разлози за делимично лишење родитељског права нису тако детаљно уређени, већ је наведено само несавесно вршење права и дужности из садржине родитељског права. Питање је, дакле, да ли суд, када у току поступка, на основу утврђеног чињеничног стања, утврди да није дошло до злоупотребе нити грубог занемаривања родитељског права, већ „само“ до несавесног вршења права и дужности, може, иако је тужбени захтев усмерен на потпуно лишење родитељског права, да родитеље само делимично лиши родитељског права? Још прецизније, да ли постоји идентитет између делимичног лишења родитељског права и делимичног усвајања тужбеног захтева код потпуног лишења родитељског права? Ако не постоји, шта суд треба да уради уколико утврди да има само елемената за делимично лишење родитељског права? Ово је један од поступака у којима је суд дужан да се руководи најбољим интересом детета, те је онда право питање како то у овој ситуацији практично да изведе. Суд може и сам покренути овај поступак као адхезиони поступак, али шта учинити у ситуацији када је по среди један, главни поступак за лишење родитељског права? Право и дужност свих правосудних органа јесте да обавесте орган старатељства, активно легитимисано лице у овом поступку, о постојању законских разлога за лишење родитељског права. Такође, орган старатељства може и сам, у току поступка, уочити да постоје разлози за покретање поступка. Ипак, извесно је да хитност поступка не дозвољава ново предузимање свих оних радњи које су већ предузете у поступку за потпуно лишење родитељског права. Из тог разлога, треба размислити о законском уређењу овог питања, на тај начин што би се појаснило да ли постоји преклапање садржине потпуног и делимичног лишења родитељског права.

⁴⁹ Чл. 100. и 187. ЗПП.

2.2.4. Одлучивање и одлуке

У поступку за лишење родитељског права суд одлучује пресудом. По својој природи, ово је правнопреиначујућа (конститутивна) одлука.

У упоредном праву приликом доношења одлуке, тражи се висок степен уверљивости доказа, јасан и убедљив доказ (или 75% сигурности).⁵⁰ Са овим степеном извесности морају бити доказани следећи ставови: 1) сигурност, здравље или развој детета јесте или ће и даље бити угрожено родитељским односом; 2) родитељ не жели или не може да заштити дете од опасности или не жели или не може да обезбеди сигуран и стабилан дом за дете, а одлагање решавања овог питања доприноси повећању штетних утицаја на дете; 3) надлежни орган је уложио довољан напор да пружи помоћ родитељима у отклањању околности које су довеле до тога да дете буде смештено изван свог дома, а суд је размотрио алтернативе лишењу родитељског права; 4) лишење родитељског права неће више шкодити него користити детету.

Одредбама ПЗ нису прописана никаква одступања од правила општег парничног поступка у погледу доказивања, а из списка обрађених предмета није се могло запазити да је суд приликом доношења одлуке установио неке посебне критеријуме о овом питању.

Пресудом о потпуном лишењу родитељског права родитељ губи сва права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности издржавања детета. Ова одлука мора се забележити у матичну књигу рођених, а ако дете има права на непокретностима, и у одговарајући јавни регистар права на непокретностима. Пресудом о делимичном лишењу родитељског права родитељ се може лишити једног или више права из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете. У парници за лишење родитељског права странке не могу да закључе судско поравнање.⁵¹ Против ове одлуке дозвољено је изјављивање ревизије.

⁵⁰ Врховни суд Сједињених Америчких Држава је 1982. направио заокрет у односу на пређашњу праксу која је подразумевала стандард „преваге доказа“, тј. да је довољно само да је вероватније да до лишења треба да дође него да не треба да дође. (Barone N, Weitz E, Witt P, Psychological bonding evaluations in termination of parental rights cases, *The Journal of Psychiatry & Law*, 33/Fall, 2005, p. 405).

⁵¹ Чл. 271. ПЗ. Полазећи од зоне медијабилности постављене чл. 1. Закона о посредовању – медијацији („Сл. гласник РС“, бр. 18/2005), према којој се медијација примењује у имовинскоправним односима физичких и правних лица, трговинским, породичним, радним и другим грађанскоправним односима, управним и кривичним, у којима стране могу слободно да располажу, уколико законом није прописана надлежност суда или другог органа, произлази да медијација није адекватан метод за решавање ове врсте спора. Ипак, ово је само одступање од правила да је медијација препоручљива у споровима из породичноправне области, с обзиром да су породични односи област у којој се најбрже повећава примена медијације. У многим државама постоји обавезна медијација кад је у питању повера детета и уређивање контакта између детета и родитеља. Успех у бракоразводним споровима допринео је да се

О накнади трошкова поступка суд одлучује по слободној оцени, имајући у виду разлоге правичности.⁵²

3. Емпиријски део истраживања

3.1. Околности спорних случајева и поступак пред Основним судом

Истраживањем је обухваћено дванаест предмета који су правноснажно окончани пред Основним судом у Нишу у периоду 2005 – 2010. година. На тај начин су, према расположивој документацији, обрађени сви поступци вођени пред Основним судом у Нишу у овом периоду⁵³.

Све спорне случајеве можемо сврстати у неколико група, а према разлозима из којих су родитељи лишени родитељског права.

Прва група случајева, њих чак пет, тиче се околности да дете има неку врсту урођеног инвалидитета, због кога родитељи не могу или не желе да се о њему старају⁵⁴. Поступак је покретао Центар за социјални рад, најчешће управо после обраћања самих тужених, родитељи малолетног детета. Деца су углавном већ била смештена у установе социјалне заштите⁵⁵. У највећем броју случајева

развију програми медијације и у другим сегментима, попут спорова између родитеља и деце. (Menkel – Meadow C, Porter Love L, Kupfer Schneider A, Mediation – Practice, Policy, and Ethics, Aspen Publishers, 2006, p. 98.).

52 Чл. 208. ПЗ. У општем парничном поступку, када је у питању сношење парничних трошкова, важи принцип ризика. Он подразумева да странка која је изгубила парницу коначно сноси трошкове парничног поступка. Овај принцип је допуњен принципом кривице, који подразумева да је странка, независно од успеха у парници, дужна да накнади трошкове које је проузроковала својом кривицом или случајем који се њој догодио (Чл. 149 – 151. ЗПП).

53 Приликом сакупљања података, суочила сам се са два проблема. Најпре, у Основном суду у Нишу тек од 2010. године постоји електронски уписник предмета на основу ког се предмети могу претраживати према врсти спорне ствари. Такође, не постоји ни јединствена евиденција Центра за социјални рад. Из тог разлога, подаци о случајевима добијени су у разговору са социјалним радницима, на основу њихових интерних белешки или само сећања на поједине случајеве. Овакав начин бележења података је у супротности са ставом који се истиче у теорији да је доказивање нарочито тежак сегмент када је злостављање деце у питању, те се препоручује организовање информативне мреже која би могла да обезбеди шира сазнања о индикацијама за примену заштитних интервенција. Као главне врсте доказа наводе се клиничка евиденција и социјална евиденција (Јањић - Комар М, Обретковић М, *op. cit.*, стр. 113 – 114).

54 У прегледаним предметима радило се о следећим аномалијама: Даунов синдром, Anomalie multiplex (није наведен тип аномалија), аномалија срца, Аперт синдром.

55 Стање институција у Србији описано је у извештају „Мучење као лечење: сегрегација и злоупотреба деце и одраслих са посебним потребама у Србији“, MDRI, 2007. У овом извештају регистрован је широк опсег кршења људских права особа са инвалидитетом. Нехигијенски услови, заразне болести, недостатак медицинске неге и рехабилитације, чине смештај у институцијама у Србији опасним по живот. Једна од институција која је обухваћена овим извештајем јесте и Дом за децу и омладину ометену у развоју у Кулини,

родитељи уопште нису показали интересовање да се старају о деци нити да пробају да помогну њихову адаптацију и социјализацију⁵⁶.

У три од пет поступака оба родитеља су потпуно лишена родитељског права, у једном су оба делимично лишена родитељског права а у једном је један родитељ делимично лишен родитељског права.

Диспозитив пресуде у којој се тужени отац делимично лишава родитељског права је неразумљив и непрецизан, будући да је њиме одређено да он делимично одлучује о питањима која битно утичу на живот малолетне тужиле. Из тога произилази да тужени или делимично има а делимично нема права да одлучује о питањима која битно утичу на живот малолетне девојчице, што би био nonsens, или да о појединим питањима има а појединим питањима нема права да одлучује. Чак и да је судија на тај начин разумео јасну законску норму која не оставља такву могућност, он у образложењу пресуде није побројао питања о којима тужени и даље може да одлучује или убудуће неће одлучивати. Без обзира на то што се можда назире оно што је пресудом требало да буде одлучено, ипак ово представља пропуст или неразумевање прописа о битној и деликатној правној ствари.

Образложење пресуда је спорно, јер се готово ни у једном не наводи из ког су тачно разлога родитељи лишени родитељског права. Остаје у домену нагађања да ли се образложење односи на напуштање детета или намерно и неоправдано избегавање да се створе услови за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите за смештај корисника. Будући да битна повреда одредаба парничног поступка увек постоји када пресуда има недостатака због којих се не може испитати, очекује се да судије озбиљно и темељно приступе пресуђивању и изради пресуде.⁵⁷

у који је смештен и један број деце из предмета обухваћених овим радом. (www.velikimali.org/doc/MDRISerbian.pdf, приступ сајту 24. септембра 2011).

56 Новија истраживања показују да је у интересу деце са инвалидитетом да одрастају у породичном окружењу и што више буду укључена у различите активности заједно са другом децом. Теоријски ставови у вези са начином одгоја деце са инвалидитетом доживели су радикалан заокрет. Док су раније родитељи били подстицани да дају дете у установу социјалне заштите и на тај начин „забораве“ и наставе са својим животом, данас се родитељи охрабрују да подижу своје дете у породичном окружењу уз помоћ одговарајућих социјалних служби (Llewellyn G, Dunn P, Fante M, Turnbull L, Grace R, Family factors influencing out-of-home placement decision, Journal of Intellectual Disability Research, Volume 43, Part 2, June 1999, p. 219). Овакво понашање у супротности је и са актуелним тенденцијама у области инклузивног образовања, које подстичу што веће укључивање деце са инвалидитетом у свакодневне активности. Истиче се да би такав третман био од користи не само за децу са инвалидитетом, већ и за децу која немају сметње у развоју, јер би она стекла свест о различитости Истраживачки пројекат: Ослонци и баријере за инклузивно образовање у Србији, Београд, 2006, стр. 12, (www.inkluzija.org, приступ сајту 23. септембра 2011).

57 Чл. 361. ст. 2. т. 12. ЗПП: Битна повреда одредаба парничног поступка увек постоји ако пресуда има недостатака због којих се не може испитати, а нарочито ако је изрека пресуде

Ове поступке карактерише ефикасност, мали број рочишта и одрицање од права на изјављивање правног лека, јер је и туженима у интересу да се поступак што пре оконча усвајањем тужбеног захтева тужиоца. Само у једном случају постављен је привремени заступник туженој, мајци малолетног детета.

Другу групу предмета чине они код којих су родитељи лишени родитељског права због грубог занемаривања родитељске дужности. Два предмета произилазе из истог чињеничног стања, где су родитељи два пута допустили девојчици од најпре 11 и по, а затим тринаест година да се „уда“. У новој породици она је била изложена психичком и физичком малтретирању. Не види се ниједан разлог због кога није дошло до заснивања пасивног супарничарства. Наиме, случајеви се заснивају на истом чињеничном и правном стању, постоји надлежност истог суда, тако да је ради остваривања процесне економије било целисходније водити један уместо два поступка.

Један предмет се односи на родитеље који нису ни желели да преузму своје дете из породицишта, а два на родитеље који нису бринули о детету које је са њима живело⁵⁸. У свим поступцима родитељи су потпуно лишени родитељског права.

Због злостављања детета лишени су, и то делимично, родитељи у само једном поступку. Отац је тукао дете, бацао га на кревет, гасио му цигарете на образ, изгорео му пету на ноzi врућом циглом. На основу пресуде кривичног суда отац је осуђен на затворску казну од две године због злостављања детета, а мајка на казну затвора од годину дана због занемаривања детета. Потпуно је нејасно због чега се Центар за социјални рад определио за делимично уместо за потпуно лишење родитељског права када се овакво понашање никако не може подвести под несавесно вршење родитељског права. Пресудом се родитељи лишавају родитељског права следећих права и дужности из садржине родитељских права: на чување, подизање, васпитање, образовање и заступање детета. Одбијен је

неразумљива, ако противречи сама себи или разлозима пресуде, или ако пресуда нема уопште разлога или у њој нису наведени разлози о битним чињеницама, или су ти разлози нејасни или противречни, или ако о битним чињеницама постоји противречност између онога што се у разлозима пресуде наводи о садржини исправа, записника о исправама датим у поступку и самих тих исправа или записника или изведеним доказима.

58 У једном од ова два предмета, дете је поверено мајци за коју се наводи да је емоционално нестабилна, незрела особа, повишеног сексуалног нагона, импулсивног понашања, која не разуме развојне потребе детета, мајчинство схвата као терет и емотивно је хладна према детету. Овакво понашање мајке и њен однос према детету у супротности су са резултатима истраживања који показује да су жене са озбиљним менталним поремећајем поносне што су мајке и придају велики значај материнству. Из разлога што мајке са психичком болешћу материнство доживљавају као део свог позитивног идентитета, препоручује се да се на ову чињеницу посебно обрати пажња приликом рада служби са њима (Sands R, Koppelman N, Solomon P, Maternal custody status and living arrangements of children of women with severe mental illness, Health and social work, volume 29, number 4, November 2004, p. 322).

тужбени захтев тужиоца да се туженима наложи да издржавају дете јер су и сами корисници социјалне помоћи. И одлука суда и сам тужбени захтев по питању издржавања детета су дискутабилни. Законодавац је јасан у одредби да судска одлука о делимичном лишењу родитељског права може лишити родитеља једног или више права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете.⁵⁹ Из овога произилази да тужилац уопште не треба да захтева да родитељи издржавају дете, јер они те дужности нису ни лишени, тј. он захтева нешто што већ постоји. Тужилац би евентуално могао да захтева износ који би родитељи били дужни да дају за издржавање.

Последњи предмет покренуо је отац малолетног детета против мајке, своје бивше супруге. Она је противтужбом такође тражила потпуно лишење родитељског права тужиоца – противтуженог. Будући да је било јасно да су по среди нерасчишћени односи родитеља, а не брига о најбољем интересу детета, суд је одбио оба тужбена захтева.

3.2. Анализа прикупљених података

Према прикупљеним подацима, пред Основним судом у Нишу, у периоду од 2005. до 2010. године правноснажно је окончано 12 поступака за делимично или потпуно лишење родитељског права. У Нишу се годишње роди око 3200 деце.⁶⁰ Будући да не постоји статистика о броју малолетника у Нишу, грубом проценом, њих има између 55 000 и 60 000.⁶¹ То би значило да се родитељ тек сваког 25 000. детета лиши родитељског права. Из овога произилази да је реч о маргиналној друштвеној појави, која по учесталости тешко да завређује већу пажњу. Међутим, с правом се поставља питање постојања тамне бројке злоупотребљавања или грубог занемаривања родитељских дужности. Перцепција јавности, само увидом

⁵⁹ Чл. 82. ст. 2. ПЗ.

⁶⁰ <http://www.mojedete.rs/336-Prenatalna-dijagnostika.html>, приступ сајту 8. августа 2011.

⁶¹ $18 \times 3200 = 57600$. Последњи попис становништва у Србији извршен је 2002. године. На сајту Републичког завода за статистику могу се наћи подаци о важнијим функционалним старосним контингентима становништва (<http://webrzs.stat.gov.rs>), којима се, према расположивим подацима, може утврдити да у Централној Србији 18.69 % становништва је узраста до 14 година (одојчад 0.95%, предшколски (0 – 6 година) 9.52 %, школообавезни (7 – 14) 8.22 %). Подаци о броју становника града Ниша варирају од 372 518, према попису из 2002. године (<http://sh.wikipedia.org/wiki/Ni%C5%A1>) до 250 518 према званичним подацима града Ниша (<http://www.ni.rs>). То би значило да у Нишу има између 69 623 и 46 821 деце од 0 – 14 година. Иако је овај метод непоуздан и даје велику разлику у резултатима, његова сврха била је једино да се упореди број предмета годишње са бројем деце и укаже на малу распрострањеност или пријављивање ове друштвене појаве. Нови попис становништва спровешће се од 1. до 15. октобра 2011. године, што би требало да податке учини доступнијим и прецизнијим (<http://popis2011.stat.rs>), приступ свим наведеним сајтовима 8. августа 2011).

у новинске чланке, јесте да је реч о далеко распрострањенијој појави.⁶² Овом у прилог говоре подаци из Годишњег извештаја Центра за социјални рад у Нишу, према коме је током 2007. године 39 деце било жртва злостављања у породици, 2008. 17 детета, 2009. 71 дете а 2010. тај број је био 73, што са собом повлачи питање због чега нема више поступака у овој правној ствари.⁶³ Разлози остају само у домену нагађања, али преовлађује утисак да се однос родитеља и деце, и уопште породични односи, и даље сматрају нечим што остаје у кругу породице и у шта се надлежне институције ретко и нерадо мешају. Број донетих одлука, у овом случају, не говори о неспремности правосуђа да се ухвати у коштац са овим проблемом, јер је у једанаест од дванаест случајева суд усвојио тужбени захтев тужиоца, већ о томе да су заказале друге сфере друштва, породица, тужилаштво, социјалне службе али и појединци који нису скренули пажњу на појаву која се дешава у њиховој околини.

Од доказних средстава, у поступку је коришћено саслушање странака и читање исправа. У једном случају саслушано је дете чији су родитељи лишавани родитељског права.

У просеку, одржано је 4.5 рочишта за главну расправу пре него што је донета одлука. Расправа је најчешће одлагана због тога што тужени нису уредно позвани или су уредно позвани а нису се одазвали позиву. У два случаја постављен је привремени заступник.

Просечна дужина поступка јесте седам и по месеци, што се коси са начелом нарочите хитности. Једини поступак који је против државе Србије вођен пред Европским судом за људска права а тиче се лишења родитељског права, управо се односи на дужину трајања поступка пред домаћим судом.⁶⁴ У предмету *Велков против Србије*, због повреде члана 6, права на правично

⁶² „Мајка убила дете“, „Беба упала у шахту“, „Везивао децу ланцима за псе“, „Продала своје петоро деце“, само су неки од наслова из дневне штампе (www.smedia.rs, приступ сајту 3. септембра 2011).

⁶³ Злостављање је најчешће вршено од стране оца, док се доминантан облик злостављања мењао током година, па је тако 2007. то било грубо занемаривање детета, 2008. и 2009. емоционално насиље а 2010. физичко насиље (<http://www.csr-nis.rs>, приступ сајту 24. септембра 2011).

⁶⁴ *Велков против Србије (представка број 23087/07)*. У овом поступку подносиатеља представке је фебруара 2006. године пред домаћим судом тражила самостално вршење родитељског права над малолетним дететом и издржавање детета. Исти захтев поднео је и њен бивши супруг, с тим што се дете налазило код њега и онемогућавао је контакт између детета и мајке. Овај поступак је у тренутку доношења одлуке пред Европским судом, априла 2011. године, и даље био у току. После неколико месеци, она је поднела и тужбу за лишење родитељског права, што је касније учинио и њен бивши муж па је суд здружио та два поступка. У току поступка, тужилца је поднела и захтев за издавање привремене мере због насиља у породици, што је суд усвојио али је виши суд укинуо ову меру и вратио првостепеном суду одлуку на поновно разматрање. И поступак за лишење родитељског права, покренут децембра 2006. године, још увек није окончан.

суђење, Србија је осуђена да плати 2.600 еура на име неимовинске штете и 1.300 еура на име трошкова поступка.

Једину жалбу на одлуку суда поднео је Центар за социјални рад, и то поводом одлуке којом му се налаже да накнади трошкове поступка.

4. Закључне напомене

Лишење родитељског права јесте најстрожа мера којом се држава меша у односе између родитеља и деце. На тај начин, она санкционише родитеље који несавесно врше родитељско права, злоупотребљавају или занемарују права и дужности из садржине родитељског права, али и шире и значајније, врши заштиту права детета. Из тог разлога, важно је да на јасан и прецизан начин буду прописани како материјалноправни разлози за лишење родитељског права, тако и сам поступак. Док је законодавац са пуном пажњом приступио прописивању разлога за потпуно лишење родитељског права, чини се да је она изостала када је делимично лишење родитељског права у питању, па је тако разлог прешироко и нејасно постављен, што може довести до нарушавања принципа правне сигурности услед различите интерпретације од стране судија. Метод правне заштите за који се актуелним законским решењем определио законодавац јесте парнични поступак, чиме се одступило од дугогодишње праксе да се о овој правној ствари одлучује у ванпарничном поступку. Приликом креирања процесних правила, водило се рачуна о најбољем интересу детета као врховном принципу, али су нека питања остала недоречена, попут права детета да изрази (и да му се уважи) мишљење и положаја детета у случајевима када оно само није покренуло поступак за лишење родитељског права.

Истраживање спроведено у Основном суду у Нишу довело је до сазнања да је поступак за лишење родитељског права изузетно редак у пракси. Највећи број поступака вођен је јер сами родитељи нису могли или желели да се старају о својој деци, која су у готово свим случајевима рођена са неким обликом урођене болести или инвалидитета. Остали поступци су вођени углавном због занемаривања родитељске дужности, док је само у једном поступку било по среди физичко злостављање малолетног детета.

Просечна дужина поступка јесте седам и по месеци, што није у складу са начелом нарочите хитности којим би судије требало да се руководе приликом спровођења поступка. Највећи проблем приликом остваривања ефикасности у поступку јесте достављање, будући да је најчешћи узрок одлагања главне расправе достављање писмена туженима. Приликом израде образложења пресуде суд није увек наводио прецизан разлог због кога је тужени лишен родитељског права, а у једном случају није уопште навео којих права из садржине родитељског права је тужени лишен приликом делимичног лишења.

Као крајњи закључак истраживања издваја се утисак о постојању тамне бројке злоупотребе и занемаривања деце, који небригом родитеља, служби и друштва нису процесуирани и адекватно санкционисани. На тај начин, отварају се врата експанзији ове појаве, јер, са једне стране, некажњени случајеви подстичу друга лица да се понашају на исти начин, а са друге стране, деца која су била изложена насиљу имају веће предиспозиције да и сама једног дана постану насилници.

Anđelija Adamović, LL.B.
Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

***TERMINATION OF PARENTAL RIGHTS
IN THE JUDICIAL PRACTICE OF THE MUNICIPAL COURT IN NIŠ***

Summary

In the first part of this paper, the author deals with the normative and theoretical framework governing the termination of parental rights and gives suggestions for the improvement of the existing substantive and procedural normative framework in this area. In the second part, the author presents and analyzes the results of the empirical research on the relevant cases adjudicated in the Municipal Court in Niš from 2005 to 2011. The aim of this research was to determinate the reasons for the termination of parental rights, difficulties that occurred in the procedure and ways to overcome these procedural issues.

Key words: *termination of parental rights, concept of parental rights, children's rights.*

ЕТИОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УБИСТВА – ПСИХОПАТОЛОШКЕ И ПСИХОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ

Апстракт: Аутор је у раду посебну пажњу посветио психопатолошкој теорији, као једном од могућих објашњења вршења убистава. Како су психолошке теорије повезане са психопатолошком теоријом, јер обе полазе у објашњавању криминалитета (у нашем случају убистава) са ендогеног становиштва, аутор се даљу у раду бавио теоријима о јављању убистава са психолошког аспекта.

Кључне речи: убиство, психопатолошка теорија, психолошке теорије.

Увод

Тежња за објашњењем криминалитета уопште и њених криминогених фактора, а самим тим и убиства, као најтежег облика крвних деликата, заокупљује пажњу људске мисли. Наиме, у узроцима криминалитета водили су полемике и најзначајнији мислиоци античког света. Наиме, о узроцима криминалитета водили су полемике и најзначајнији мислиоци античког света. Тако је, на пример, антички филозоф Платон, у свом делу „Номои“, пишући о кажњавању људи, који су починили крађу и убиство, на посредан начин означио и узроке ових кривичних дела. Ако је једно до ових кривичних дела почињено из слабости или незнања, учиниоца је потребно блаже казнити. Платон је, такође, сматрао да приликом кажњавања за убиство треба водити рачуна о томе да ли је оно почињено са предумишљајем или из срџбе, на округан начин, у гневу или уз непромишљености, због унутрашњег немира или из неких других разлога.¹ Касније, у средњем веку, с јачањем цркве злочин је повезиван са грехом, при чему су најистакнутији мислиоци тога доба, Св. Августин и Тома Аквински, писали о циљу казне. На овај начин они нису посветили посебну пажњу истраживању узорка криминалитета (насиља). Иако су у новом веку бројни мислиоци, попут Монтескјеа, Волтера, Хобса и многих

¹ Костић, М., *Превенција као средство политике сузбијања криминалитета (појам, и развој, основна начела, поделе)*, Право на приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010. година, стр. 303.

других, својим схватањима допринели развоју кривичног права и утрли пут ка развоју криминологије, у овом периоду није било веома радова, у којима је писано о узроцима вршења кривичних дела, самим тим и убистава. Они су се, пре свега, бавили основним принципима кривичног законодавства и циљевима кажњавања. Тек с развојем криминологије као самосталне науке с крајем XIX века, чији је циљ објашњење и сузбијање криминалитета, кроз његове феноменолошке и етиолошке карактеристике, јављају се разне теорије које својим учењем теже да „открију“ узроке криминалитета. Узроци извршења убиства, као и других типова и облика криминалитета, могу се објашњавати теоријама, које припадају: биолошком, психопатолошком, психолошком и социолошком правцу.²

Психопатолошка теорија о убиствима

Вршења убиства се може, између осталог, објашњавати теоријама које припадају психопатолошком правцу, при чему постоји више разлога за настанак истих. Као први разлог наводи се продор психијатријске мисли у криминологију. Неодређеност границе између душевно здравог и душевно болесног се сматра другим разлогом настанка ових теорија. Следећи разлог се огледа у томе да код бројних криминалаца не постоји осећање кривице, што је сматрано одликом дефектне личности. Криминолози су приметили да међу извршиоцима кривичних дела постоје душевно болесна лица, што је по њима био још један разлог настајања ових теорија.³

Психопатолошке теорије објашњавају настанак криминалитета постојањем душевно болесне личности. Бројни психијатри су покушавали да одреде овај појам. Тако је, на пример, Џејмс Причард говорио о постојању новог душевног поремећаја, познато под именом морално лудило, које има криминалне симптоме и да због недостатка тзв. моралног чула доводи до криминалитета,⁴ док су Пинел и Ескирол називали ментални поремечај монуманијом. Ипак, можемо навести да је душевно болесно лице оно лице које болује од трајних или привремених душевних обољења, душевних поремећаја или заосталости у душевном развоју.⁵

2 Вуковић, Ш., *Крвни деликти у Србији*, „Зајечар“, „Интерпреглед“ и „Савремена администрација“, Београд, 1984. година, стр. 7.

3 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант принт, Ниш, 2009. година, стр. 278.

4 Перовић, К., *Криминологија*, ОДП Штампарија „Требиње“, Никшић, 1998. година, стр. 102.

5 Бошковић, М., *Криминологија*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2006. година, стр. 93.

Поред тежње психијатра да одреде појам менталног поремећаја, рађене су бројне студије о броју убиства које се годишње изврше од стране ментално болесних лица. Тејлор и Ган су дошли до резултата да се годишње око 40 убиства почини у Енглеској и Велсу од ментално болесних особа, што чини око 6% укупно извршених убиства у једној години, истичући да је динамак ових убистава била на истом нивоу у периоду између 1957. и 1995. године.⁶ Деветогодишње истраживање спроведено од стране аустралијског Националног мониторинг програма за убиства дало је резултате да 4,4% убица је у времен извршења злочина патило од неке душевне болести.⁷ Криминолог Ветцел је посматрајући 119 масовних убица, пронашао само 37 душевно здравих, док је њих 82 било душевно болесно, што чини 69%.⁸ Иако по неком општем утиску серијске убице пате од разних душевних болести, од 1900. године у Америци је само њих 3,6% је проглашено неспособним за суђење због душевне болести. Међутим, ове податке треба користити веома опрезно, јер у Америци не постоји опште прихваћена дефиниција душевне болести.⁹ Уједно треба водити рачуна о томе да су многе серијске убице психопате, при чему се воде одређене дебате о томе да ли је се оно квалификовати као душевне болест.¹⁰

Постоје истраживања, која су вршена, како би се установила врста душевне болести убица. Професор Тони Маден је у својој студији дошао до резултата да од 1.594 случајева почињених убистава 2006. године у Енглеској, њих 9% има поремећај личности, док 5% болује од шизофреније.¹¹ Професор Правног факултета у Нишу Зоран Ћирић је истражујући шизофрене извршиоце кривичних дела у периоду од 1993. до 1998. године пронашао да параноидна форма болести постоји код 75% оних који су узвршили кривична дела против живота и тела.¹²

Спроведена истраживања нам говоре да психопатолошке теорије треба узимати са доста резерве, јер велики број убистава се изврше од стране оних лица која у време извршења дела не пате ни од једног облика душевне болести. То свакако не значи да треба пренебрегнути чињеницу да душевна болест може у одређеним случајевима представљати значајан фактор у јављању убистава.

6 Brookman, F., *Understanding homicide*, Sage publications, London, 2005., pp. 89.

7 Видети: <http://www.forlagetamalie.dk/pdf/factsheet2.pdf>, приступ 09.06.2011. године

8 Шепаровић, З., *Криминологија и социјална патологија*, Библиотека, уџбеници и скрипта, Загреб, 1981. година, стр. 268.

9 Newton, M., *The encyclopedia of serial killers*, Library of Congress, New York, 2006., pp. 124.

10 Видети: <http://www.enotes.com/forensic-science/serial-killers>, приступ 09.06.2011. године

11 Реау, Ј., *Mental Health and Crime*, Routledge, Abingdon, 2011., pp. 74.

12 Ћирић, З., Димитријевић, Б., *Основи судске психијатрије и психологије*, Студентски културни центар, Ниш, 2009. година, стр. 87.

Психолошке теорије о убиствима

Следећа велика група теорија настале крајем XIX и током XX века, помоћу које је могуће објашњавати поред осталог и кривично дело убиства, су психолошке теорије, при чему је могуће уочити две тенденције:

1. Прва се одликује тежњом да на основу заједничког испитивања групе делинквената и групе неделинквената, пронађу психолошке детерминанте криминалног понашања уопште, самим тим и убиства;

2. Друга се манифестује у проналажењу каузалне везе између одређених психичких својстава и појединих типова и облика криминалитета. Тако је, на пример, нервозан темперамент повезиван са убиством тровањем.¹³

У психолошки правац спада већи број теорија, попут: теорија интелигенције, теорија еволутивне психологије, Ајзенкова теорија личности, теорија контроле, психоаналитичка теорија и теорија фрустрације.

Теорија интелигенције се базира на претпоставци да ниска интелигенција доводи до вршења свих кривичних дела, па и оних најтежих (убиства). Из овога се изводи закључак да су интелигенција и криминалитет у негативном односу. Услед инфериорности интелигенције одређена лица нису у стању схватити друштвене вредности, па самим тим и не поштују правне норме којима се штите вредности попут живота и имовине.¹⁴

Научници су успели да 1905. године постигну стандардизацију у погледу тестова којима се мери степен интелигенције, што је било посебно важно за криминологе у свеопштој расправи о карактеристикама криминалаца. Тестови су представљали велику наду у коначном раздвајању криминалаца од некриминалаца у односу на њихове особине.¹⁵

Оцем теорије интелигенције сматра се професор Годар са Универзитета у Охају, који је превео Бине-Симон тест интелигенције на енглески језик и дистрибуирао га је широм Америке. Резултати његовог истраживања, објављени 1914. године у књизи „Слабоумност – њени узроци и последице“ се огледају у томе да мали степен интелигенције чини криминалце неспособним да науче друштвено прихватљиво понашање и да је сваки слабоумни преступник потенцијални криминалац. Сматрајући да се слабоумност наслеђује, предлагао је да стерилизацију таквих појединаца као вид превентивне политике.¹⁶ Такође, криминолог Зелени је 1933. године дошао до сличних резултата, тврдећи

13 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, str. 279.

14 Перовић, К., *op. cit.*, str. 106.

15 Korn, R., McCorkle, L. *Criminology and Penology*, Holt, Rinehart and Winston, New York 1959., pp. 259.

16 Видети: http://socialscience.stow.ac.uk/criminology/criminology_notes/intelligence.htm, приступ 11.06.2011. године

да криминалци имају двапут слабије резултате на тесту интелигенције од некриминалаца.¹⁷

Хартман и Браун су, проучавајући 13.454 осуђеника у пријемном одељењу затвора у Илиноису у периоду од 1930. до 1936. године, дошли до резултата да њихова интелигенција одговара узрасту детета од 13 година и 11 месеци.¹⁸

Књигом „Злочин и људска природа“ из 1985. године професори са Харварда Џејмс Вилсон и Ричард Хернштајн су поново вратили у жижу криминолошког интересовања тезу о повезаности криминалитета и ниске интелигенције, истичући замерке другим криминолозима да потпуно игноришу истраживање у овој области.¹⁹

Пратећи групу мушкараца од њиховог рођења до пунолетства, професор са Кембриџа Фарингтон је 1992. године дошао до резултата да је једна трећина дечака од осам до десет година, који су имали резултат мањи од 90 на тесту невербалне интелигенције, били осуђени за касније за почињена кривична дела.²⁰

Ипак, иако ова истраживања делује импресивно, треба водити рачуна о томе да је теорија интелигенције изложена одређеном броју критика. Наиме, замера има се да је њихова теорија базирана на веома малом броју испитаних случајева, уз ретко примењивање контролних група. Постоје контрадикторни резултати код одређених истраживања. Како је предмет нашег интересовања убиство, треба напоменути да велики број убица има просечан степен интелигенције. Такође, познати су случајеви обичних убистава, али и серијских убица који су имали висок степен интелигенције, па их она није спречила да чине таква дела. Чак шта више омогућила им је да дуго буду неоткривени. Међутим, ову теорију не треба потпуно одбацити, јер интелигенцију свакако морамо на адекватан начин сагледати приликом проучавања личности убице.

Веома занимљива је теорија еволутивне психологије чија је суштина у томе да се понашање у великом броју случајева наслеђује и да се сваки организам свесно или несвесно понаша тако да повећа могућност да се његови „себични“ гени јаве у следећим генерацијама. Постоје два нивоа објашњења људског понашања по овој теорији – непосредно и коначно. Непосредно објашњење се базира на томе се људско понашање дешава „сада и овде“ под утицајем непосредним фактора или узрока, као што су претходно искуство, услови у околини и психологија датог лица, док коначно објашњење „гледа“ на нашу еволутивну прошлост, покушавајући да одговори како и зашто су се одређени

17 Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., *Theories of crime*, Routledge, New York, 2006., pp. 57.

18 Korn, R., McCorkle, L., op. cit., pp. 264.

19 Reid, Titus, S., *Crime and Criminology*, Florida State University, 2003., pp. 104.

20 Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., op.cit., pp. 57-58.

механизми за понашање развили. Тако, на пример, уколико неко лице током вечери поједе кинески оброк, а касније се те вечери исповраћа, можда у будућности неће имати жељу да једе такву врсту хране. На овај начин створена је негативна асоцијација између кинеске хране и повраћања. Коначно објашњење би пратило ову реакцију даље у прошлост, повезујући је са тиме да је ово понашање тада било пожељно, јер се на тај начин избегавала храна која изазива повраћање, попут отроване хране. Иако и непосредно и коначно објашњење могу бити тачни, суштина се огледа у томе да је потребно поштовати различите нивое анализе и да је потребно знати да коначно објашњење не подразумева да смо ми свесни одређених (мал)адаптивних механизма који се могу дешавати у нама.²¹

Као што Дали и Вилсон, као представници ове теорије, објашњавају да су се људски апетит и одбојност променили да би мотивисали понашање са најбоље очекиваним последицама у наслеђеној средини. Имајући све ово на уму, може се очекивати да убиство не обухвата као учиниоца и жртву особе које су генетски повезане, јер се на тај начин повећава могућност да се гени предака пренесу на потомке. Уколико би дошло да тога да неки предак убије свог потомка, не само да се на тај начин губи могућност преношења гена на свих потомка из прве линије, већ се губи могућност преношења свог гена на даље генерације. Исти такав утицај има и убиство родитеља или браће и сестара. Таква убиства доводе у питање основну поставку теорије еволутивне психологије, која се огледа у томе да понашања су еволуирала како би дошло до рађања што сличнијих људи.²² Другим речима, убиством својих најближих сродника, убица губи могућност преношења својих гена на даље потомке.

Они су, полазећи од инфантицида, парацида и фемицида, тврдили да се убиство чини у оним случајевима у којима је већа разлика у повезаности генима између учиниоца убиства и његове жртве. Другим речима, што је већа сличност у генима између двеју особа, то је мање вероватно да ће један од њих убити оног другог.

Иако је тачна чињеница да се велики број убистава догађа између припадника исте породице, знатан број убистава се извршава од стране једног супружника према другом, који нису генетски повезани. У свом узорку нашли су само 6% случајева у којима су извршилац и жртва убистава били генетски повезани. Такође, подаци из истраживања из Енглеске и Велса су потврдили ове закључке, са тим да је проценат генетски повезаних особа био 14.²³

Међутим, постоји изузетак од ове њихове тврдње у виду инфантицида. Наиме, новорођенчад представљају тзв. аге-групу која има највеће шансе да буде убијена. У преко 90% бивају лишене живота од стране биолошких родитеља, док

21 Brookman, F., op. cit., стр. 80

22 Ibidem

23 Brookman, F., op. cit., стр. 81.

у 8% их убијају очух, усвојиоци и други чланови породице. Ови подаци на неки начин оповргавају тврдње Далија и Вилсона, али су они пажљиво испитујући ове резултате изнели низ нових тврдњи како би још једном потврдили своја схватања. Прва тврдња се односи на резултат истраживања да мајке које чине инфантицид су самохране без довољне подршке породице. Уједно оне су веома младе, што им омогућава да још увек рађају. Исто тако, како дете стари, све је мања могућност да оно буде лишено живота од стране мајке, јер је она много времена и енергије како би подигла своје дете. Друга тврдња се огледа у томе да очух и маћеха представљају значајно већи ризик да буду извршиоци инфантицида. Међутим, ова њихова тврдња није подржана резултатима истраживања у Великој Британији, у којој очух и маћеха врши знатно већи број несмртоносног насиља према рођеној деци својих супружника. Они не тврде да је инфантицид врста адаптације очуха и маћехе. Како родитељство захтева велики степен пажње и бриге, при чему оно може бити непотпуно остварено код очуха и маћехе због непостојања генетске повезаности. Због тога произилази да је ово убиство нусподукт релативног степена смањена напора у погледу чувања, а не производ прилагођеног понашања.

Као што су и друге, и теорија еволутивне психологије је изложена одређеном броју критика. Тако су Леви и Магире сматрали да је тврдња Далија и Вилсона да младе мајке најчешће чине убиство спорна. Ова теорија се базира на томе да убице желе да верују да неће бити сматрани одговорним, јер је веома тешко да затруднети док су у затвору. Представници ове школе би одговорили на ове критике да објашњење треба посматрати на различитим нивоима. Док здрав разум сугерише да је веома ризикантно убиство једног потомка, при чему постоје веома велике последице, треба водити рачуна о томе да нарочито опасне последице постоје уколико не постоји могућност даље репродукције.

Такође, криминолог Џонс је тврдио да Левинсонови резултати да у шестнаест од деведесет неписмених друштава постоји насиље у породици је практично неодрживо. Еволутивни психолози сматрају да је разлог једног оваквог стања постојање културних захтева да је насиље непотребно. Како Џонс сматра да је преношење гена најважније у овој теорији, веома је тешко предвидети околности када би примена насиља према слабијим члановима друштва било неделотворно.

На крају, теорију еволутивне психологије је веома тешко доказати, али и оповргнути. Наиме, неколико Далијевих и Вилсонових хипотеза о убиствима је потврђено резултатима спроведених истраживања, док су показатељи о инфантициду у Великој Британији демантовали њихову хипотезу да убиство деце највише врше очух и маћеха.

Како су биолошке теорије покушавале да објасне криминалитет само утицајем биолошких фактора, одређене новине у разумевању криминалитета је унео британски психолог Ханс Ајзенк са својим схватањем да криминалитет

настаје деловањем како биолошких, тако и социјалних фактора, повезујући их при том са развојем личности појединца.

Према њему, сви људи се понашају у складу са унутрашњим и спољашњим стимулансима, при чему ће понашања варирати од интензитета стимуланса, стања ума, ситуације и многих других околности. Због тога у неком тренутку можемо видети трендове у начину реакције људи на те стимулансе.²⁴ Полазећи од овог његовог схватања, криминално понашање настаје под утицајем наслеђених предиспозиција, али и под утицајем друштвене средине. Уколико постоји неповољан утицај средине уз постојање генетских предиспозиција, јавља се склоност ка криминалном понашању, што временом може попримити стил живота. Другим речима, личност човека је повезана са криминалитетом преко процеса социјализације, при чему је посматрао криминално понашање као развојно незрело, код које постоји себичност и тежња за непосредним задовољењем. Кроз процес социјализације деца уче како да одложе задовољење и како да буду више социјално оријентисани. Уколико се деца понашају, она бивају кажњена. На овај начин она повезују антисоцијално понашање са анксиозношћу, због тога што су кажњена. Када овај поступак буде успешан, деца чак и ако само помисле да се понашају антисоцијално, постану аксиозна, тежећи да избегну једно такво понашање.²⁵ Иако Ајзенк није посебно проучавао криминалитет насиља, јер је тежио развоју једне опште теорије о криминалитету, његово разумевање настајања криминалитета се може користити и код посебних типова и облика криминалитета, попут убиства као посебном облику крвних деликата.

Он је поделио све људске особине у три категорије: екстривертност-интравертност, неуротицизам и психотицизам. Екстривертне људе одликује отвореност, друштвеност, озбиљност, одржавање дубљих социјалних веза, импулсивност, постојање тежње за друштвом и причом, док се интравертни карактеришу повученошћу и мирноћом. Неуротицизам или нестабилност се састоји од бројних фактора, као што су анксиозност, депресија, ниско самопоштовање, осећање кривице, напетост, ирационалост, напетост, стидљивост и емотивност. Уколико кажемо за неког да је стабилан, код њега не постоје ове особине. Агресивност, безлични став, егоцентричност, импулсивност, хладноћа, антисоцијално понашање, недостатак емпатије, промишљености и креативности су одлике психотицизма. Ајзенк сматра да ћене имају већи степен неуротицизма него мушкарци, док мушкарци имају већи степен психотицизма.²⁶ Такође, екстривертна лица и лица са неуротицизмом су особе које имају такав нервни систем, који има онемогућава да одоле спољашњим и унутрашњим

24 Видети: <http://allpsych.com/personalitysynopsis/eyenck.html>, приступ 14.06.2011. године

25 Sammons, A., *Eysenck's theory of criminal personality*, Criminal psychology, pp. 1.

26 Видети: <http://www.helium.com/items/127853-hans-eyencks-theories-of-criminal-behavior>, приступ 14.06.2011. године

стимулансима. На тај начин они не могу да развију осећај анксиозности. Треба водити рачуна о томе да већина људи има особине сваке од ових категорија.

Неки други криминолози су спроводила истраживања како би проверили Ајзенкове поставке о јављању криминалитета. Тако су Раштон и Крисцон 1981. године упоређивали лица са високом екстравертношћу, неуротицизмом и психотицизмом са резултатима добијеним из анкете са самопријављивањем студената и ученика. Пронашли су да они, који су се пријавили као делинквенти, уједно имају и већу стопу екстравертности, неуротицизма и психотицизма.²⁷ Међутим, криминолог Фарингтон је дошао до другачијих резултата. Наиме, он је, проучавајући 16 студија о повезаности криминалитета са екстравертношћу, неуротицизмом и психотицизмом, открио да криминалци имају већи психотицизам и неуротицизам, али не и екстравертност.

Полазећи од карактеристика сваке категорије, криминалитет је повезиван са неуротицизмом, психотицизмом и екстравертношћу, док се они људи, који су интровертни са малим уделом неуротицизма и психотицизма, понашају у складу са друштвеним нормама и имају малу шансу да постану криминалци. Највише је са насиљем према другима повезивана категорија људи који имају психотицизам. Из овога произилази да они имају највише шанси и да изврше кривично дело убиства.

Теорија контроле припада психолошком правцу. Она је створена, коришћењем теста под именом ММПИ,²⁸ од стране Мегаргеа, који је још давне 1966. године повезивао личност са криминалитетом. Његова теорија се базира на томе да се насиље јавља када је тежња за његовом испољавањем већа од способности индивидуе да је контролише. На овај начин могуће је објаснити све облике криминалитета насиља, па самим тим и убиство као његов најтежи облик. Тежећи да објасни зашто је велики број особа, које су васпитане, јавља као извршиоци убиства, почео је да прави разлику између контролисаних и неконтролисаних индивидуа.

Како су код неконтролисаних индивидуа слаби инхибитори, који треба да контролишу појаву агресивности, они на најмању провакацију реагују испољавањем насиља у разним облицима. За разлику од неконтролисаних код којих се насиље јавља при појави најмање провакације, код контролисаних су инхибитори веома развијени, што спречава насилно понашање. Међутим, то не значи да је немогуће да се они агресивно понашају. Наиме, уколико је

²⁷ Eysenck, H., Gudjonsson, G., *The causes and cures of criminality*, Plenum Press. New York, 1989., pp. 62.

²⁸ ММПИ је један од најчешће коришћених тестова у области менталног здравља. Њиме се добијају подаци о структури личности и њеној психопатологији. Творци овог теста су доктори Старке Хадавеј и Мекинли. Ауторска права је откупио Универзитет у Минесоти. Тест се може радити ручно или преко компјутера. Видети: http://en.wikipedia.org/wiki/Minnesota_Multiphasic_Personality_Inventory, приступ 16.06.2011. године

провокација веома јака или уколико она траје дужи временски период, могуће је да се и контролисане индивидуе понашају агресивно, при чему се велики број агресивног понашања завршава смртних исходом (убиством).²⁹

Исто тако, Мегарге је спроводио тест на основу кога је добио резултат да они појединци који се веома агресивно понашају, што врло често доводи до убиства, имају мањи степен непријатељства и агресивности од умерено агресивних индивидуа. Другим речима, контролисане индивидуе би постојале код оних који испољавају екстрмно агресивно понашање, док не би постојале код оних људи који су више пута били повратници за кривична дела мањег степена агресивности.

Слично истраживање је спровео британски криминолог Блекбурн. Он је упоређивао личне профиле групе екстрмно насилних извршилаца кривичних дела, попут умишљајној убиства, убиства без умишљаја и покушаја убиства, и групе умерено насилних криминалаца, који су учинили напад на друго лице. Добио је податке да је екстрмна група много више интровертна, склона конформистичком понашању, контролисана и генерално мање агресивна од групе умерених извршилаца насилних кривичних дела.³⁰ Он је сматрао да контролисане индивидуе показују недостатке у свом асертивном понашању. Такође, он је проучавао 56 убица смештених у психијатријској болници. На основу резултата добијених коришћењем ММПИ поделио неконтролисану групу у две категорије: психопате и параноидно-агресивне, док је контролисану групу поделио у контролно-репресорне и депресивно-инхибиране. Психопате се одликују слабом контролом импулса, екстравертношћу, агресивношћу и неким психичким проблемима, док параноидно-агресивни имају сличне особине као психопате, уз постојање великог обима менталног поремећаја. Контролно-репресорни имају велику контролу импулса и дефанзивности, при чему испољавају мали степен агресије и непријатељства. Друга категорија у оквиру контролисане групе је карактеристична по малој импулсивности, екстравертношћу, великом степену депресије и усмереним непријатељством.³¹

Мекгуркови су вршењем сличног истраживања дошли до закључка да неке особе, које су починиле екстрмно агресивна кривична дела, попут убиства, су неконтролисане. Такође, они су довели у питање полазну основу Мегаргеа да васпитане особе извршавају кривично дело убиства, истичући да је утисак о неком да је васпитан релативан. Наиме, могуће је да они у поређењу са другим особама, које су затражиле условно ослобођење, имају одлике контролисаних људи. Друго је питање да ли ове васпитане извршиоце кривичних дела треба

29 Brookman, F., *op. cit.*, стр. 84.

30 Hollin, C., *Psychology and crime: an introduction to criminological psychology*, Taylor & Francis e- Library, London, 2002., pp. 75.

31 Hollin, C., *op. cit.* pp. 76.

посматрати као посебно васпитане особе у поређењу са неделинквентима.³² Мегаргеове тврдње су даље критиковане од стране Хендерсона, који је сматрао да се контролисане и неконтролисане индивидуе постоје у истом односу како у неделинквентној популацији, тако и у популацији која је склона вршењу кривичних дела.³³

Такође, Блекбурнова схватање насилних криминалаца као екстремних и умерених особа на основу њихове осуђиваности је доведено у питање. Многа умишљајна убиства, али и убиства која су извршена без умишљаја, су непланирано почињена од стране датих особа и њихова једина разлика од обичних насилних напада се огледа у последици, а не у самом процесу. Другим речима речено, од бројних околности зависи да ли ће се један обичан насилни напад завршити смртном последицом или не.

У суштини целокупна критика теорије контроле се базира на две ствари. Прва ствар се односи на валидност резултата добијених коришћењем теста ММПИ и да ли се њиме долази до поузданих података у погледу одређивања типова личности. Неки криминолози су доводили у сумњу резултате добијене овом тестом у погледу типова личности. Основа друге ствари се огледа у томе да ли је само једно истраживање довољно да се трајне особине личности и да ли је можда потребно да личност посматра у друштвених услова, са нагласком на деловање ситуационих околности.

Једна од најзанимљивих психолошких теорија, помоћу које је могуће објашњавати криминалитет насиља и све облике овог криминалитета, је психоаналитичка теорија Сигмунда Фројда. Био је физиолог, лекар, психолог и утицајни мислилац почетком XX века. Психоанализа је била на самом почетку свог развоја једна револуционарна врста психотерапије. Међутим, она је убрзо постала свеобухватна теорија личности и метод испитивања дубинских и несвесних структура и процеса. Развој психоаналитичке школе се може пратити и кроз рад Фројдових следбеника, попут: Адлера, Јунга, Клајн Меланије, Флидлендер Кејт и Ане Фројд. Иако је реч психоанализа употребљавао у три различита значења, као што су: скуп одређених психолошких сазнања, метод којим се проучавају душевни процеси и техника лечења неуротичних сметњи, за криминологе су значајнија прва два одређења појма психоанализа.³⁴

Фројдов допринос развоју криминологије се огледа у неколико области, као што су: учење о несвесном и нагонском код човека, подела психичке личности на Ид, Его и Суперего, порекло друштвених институција, злочинац из осећања

32 McGurk, J., McGurk, E., *Personality types among prisoners and prison officers: An investigation of Megargee's theory of control*, *British Journal of Criminology*, London, 1979., Vol. 19/1., pp. 47.

33 Henderson, M., *An empirical classification of non-violent offenders using MMPI*, *Personality and Individual Differences*, 1983., Vol. 4., pp. 671-677.

34 Korn, R., McCorkle, L., op. cit., pp. 253.

кривице и теорија симболизма и објашњења омашки. Мада је његов допринос развоју криминолошке мисли огроман, сва ова његова схватања су меродавна за објашњење криминалитета насиља и убиства, као његовом најтежем облику.

Учење о несвесном и нагонском је детерминистичко учење, које се користи приликом објашњења агресивног понашања како према себи, тако и према другима. Фројд је вероватно први мислилац, који је сматрао да треба систематски применити детерминистичке принципе у сфери менталног, полазећи од тога да је широк спектар људског понашања објашњив само у смислу менталних процеса или стања, јер оне одређују та иста понашања.³⁵ Сматрајући да је људски ум подељен у три дела: свесно, пресвесно и несвесно, Фројд је заступао учење да се велики део човеког живота дешава у домену несвесног, при чему је несвесно приказовао као велику собу препуно мисли, а свесно као малу пријемну собу уз постојање вратара између њих, који селективно пропушта мисли из несвесног у свесно. Мисли, које се налазе у несвесном, су потиснуте. Другим речима, оне су потпуно невидљиве за свесни део. Не могу све мисли, које се налазе у тзв. пријемној соби, да постану свесне. Наиме, оне постају доступне за свест у тренутку када је пажња скренута ка њима. Због овога се мала пријемна соба може сматрати и пресвесном облашћу у којој се скупљају све мисли које нису намерно потиснуте. Фројд је због релативне блискости свесног и пресвесног, њих груписао заједно наспрам несвесног, наглашавајући при томе да се мисли у свесном и пресвесном међусобно не разликују у суштинском погледу, већ у само функционално. Мисли из пресвесности могу брзо постати свесна добијањем одређене пажње, али исто тако може се вратити у пресвесног када пажња скрене на нешто друго.³⁶

У свом делу „Его и Ид“ из 1923. године, Фројд је тврдио да поред инстинкта живота (Ерос), постоји и инстинкт смрти (Танатос), који представља деструктивну силу, психолошки поларитет која води уништењу, искорењивању и негацији свега што постоји.³⁷ Сматрао је да се већина људи налази између ова два нагона, која се налазе у некој врсти борбе. Уколико нагон смрти победи, резултат се може манифестовати у самоубиству³⁸ или у убиству. С обзиром на то да је агресија директан изданак нагона смрти, човек не може много учинити како би спречио уништавање себе или неког другог лица.

Следеће Фројдово учење које је меродавно за предмет нашег истраживања је подела психичке личности на три главна система: Ид, Его и Суперего. Ид

35 Видети: <http://www.iep.utm.edu/freud/>, приступ 18.06.2011. године

36 Видети: <http://psychology.jrank.org/pages/501/Preconscious.html>, приступ 18.06.2011. године

37 Leeming, D., Madden, K., Marlan, S., *Encyclopedia of psychology and religion*, Springer Science, New York, 2010., Volume 1, pp. 289.

38 Marcovitz, H., *Suicide*, ABDO Publishing Company, North Mankato, 2010., pp. 23.

(оно) је језгро личности у коме се налазе наслеђени нагони,³⁹ јер постоји и функционално је од самог рођења. Налазећи се у несвесном делу, нема никакав контакт са спољним светом. Такође, њиме се рефлектују карактеристике повезане са неприхватљивим нагонима, жељама, сећањима и импулсима. Ид изражава садржаје несвесног у форми инстинкта, чија је основа принцип задовољства. Овај принцип се заснива на томе да тражи непосредно задовољење неиспуњених импулса када постоји танзија код одређена особе без обзира на дешавања у стварном свету (јављање сексуалног узбуђења на пословном састанку).⁴⁰

Убрзо након рођења код детета почиње да се развија свест о околина и себи, на које околина утиче, што утиче на развијање друге компоненте личности Его (ја), који се јавља у циљу задовољења жеља и захтева Ида у складу са спољашњим светом. Тако, на пример, људи који су гладни се понашају и циљу обезбеђивања хране како би преживели. Его се развија на основу Ида и покушава да буде посредник између Ида и спољнег света.⁴¹ Како је личност несоцијализована, дете у свом себичном тражењу задовољења мотива поступа као криминалац. Наиме, оно узима, а не осећа потребу да даје. Због тога казна има веома важно дејство, јер се преко ње дете учи шта је допуштено а шта не. У овом периоду личност се налази у крицијалном тренутку за свој развој. Може да научи да се понаша у складу са друштвеним правилима или да се понаша сходно свом виђењу друштва.⁴²

Прихватање друштвених правила и њихово уношење у свест доводи до стварања треће компоненте личности – Суперјега (Над ја). Суперјега представља човеки савест и развија се за време адолесценције. Када један човек поступа према друштвеним нормама, долази до тога да Его покушава да напусти старг господара Ида и да се понаша у складу са Суперјегом. Међутим, тада Ид реагује све јаче и јаче како би испољио криминалне нагоне, тражећи путеве да избегне било какву контролу. Због неправилног развоја Ега и Суперјега, код насилних криминалаца постоји мали капацитет за потискивање криминалних импулса. Код особе код које постоји доминација Ида, постоји могућност за вршењем кривичних дела. Уколико је Суперјега превише развијен, криминалци код којих ово постоји сматрају се неуротичарима.⁴³ Када до овога дође, нагони и импулси Ида могу довести до оштре реакције Суперјега, што крајње резултира тиме да

39 Knafla, L., *Crime, punishment, and reform in Europe*, Praeger Publisher, Westport, 2003., pp. 154.

40 Carducci, B., *The Psychology of Personality: Viewpoints, Research, and Applications*, Brooks/Cole Publishing Company, Oxford, 2009., pp. 84.

41 Engler, B., *Personality theories*, Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, Boston, 2009., pp. 47.

42 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., op. cit., стр. 287.

43 Mire, S., Roberson, C., *The Study of Violent Crime: Its Correlates and Concerns*, Taylor and Francis Group, USA, 2011., pp. 80.

дата особа осећа кривицу и анксиозност. С обзиром на то да Его зна да долази до изрицања казне због извршеног кривичног дела, Его ће „водити“ ту особу ка извршењу неког облика криминалитета.⁴⁴

Иако за објашњене убиства није непосредно меродавно Фројдово схватање порекла друштвених институције, и њој треба посветити посебну пажњу, јер је у основи настанка друштва, поред родоскрвнављења, и убиство оца. Фројд је своју идеју о Едиповом комплексу, која се односи на неку врсту надметања мушке деце са својим оцем о поседовању жена, при чему постоји жеља деце да убију оца и полмо опште са мајком, ставио у историјски контекст.⁴⁵ Наиме, полазећи од Дарвинове и Смитове теорије о прахорди, Фројд је сматрао да је у њој постојао велики степен тираније од стране оца, који је имао неку врсту монопола над свим женама у прахорди. Како су његови синови били зависни према њему због његове доминације и како је отац представљао препреку ка испуњењу њихових жеља за доминацијом и сексуалним општењем, они су га убили и појели.⁴⁶ Канибалистичким склоностима синова, дошло је до њихове идентификације са оцем и свако је од њих добио део његове снаге. Отац је после смрти постао још јачи него што је био за време свог живота, јер се код његових синова јавио осећај кривице. Због тога они су забранили убијање очеве замене и полног општења са женама из истог клана.⁴⁷ Тежњом за објашњењем настанка друштвених институција, Фројд је указао на два најстарија злочина: убиство оца и инцест.

Доста контраверзи изазива његово схватање злочинца из осећања кривице. Посматрајући особе, које су извршила кривична дела крађе, преваре и подметање пожара, запитао се због чега они врше кривична дела. Разлог вршења ових кривичних дела је у психичком олакшању злочинца. Наиме, ове особе су патиле од притискајућег осећања кривице, који је постојао пре извршења дела. Када би једна таква особа починила неки злочин, онда би дошло до тога притисак буде ублажен. Према томе, осећање кривице не настаје због извршеног кривичног дела, већ кривично дело настаје због постојање осећања кривице.⁴⁸ Фројд је применом психоанализе тежио да открије извор једног оваквог осећања. Узрок једном оваквом понашању је постојање Едиповог комплекса код поједних

44 Regoli, R., Hewitt, J., *Exploring Criminal Justice: The Essentials*, Jones and Bartlett Publishers, Ontario, 2009., pp. 70.

45 Melossi, D., *Controlling crime, controlling society: thinking about crime in Europe and America*, Polity Press, Cambridge, 2008., pp. 62.

46 Leeming, D., Madden, K., Marlan, S., *Encyclopedia of psychology and religion*, Springer, New York, 2010., Volume 1, pp. 704.

47 De Berg, H., *Freud's Theory and Its Use in Literary and Cultural Studies: An Introduction*, Camden House, Rochester, 2003., pp. 110.

48 Costello, J., *The pale criminal: psychoanalytic perspectives*, Karnac Books, London, 2003., pp. 15.

особа.⁴⁹ Извршењем кривичног дела, изриче се одговарајућа казна, која доводи до тога да криминалци буду задовољни, јер су се ослободили притискајућег осећања кривице. То не значи да су сва кривична дела почињена из једног оваквог осећања. Иако није узео као узорак људе, који су извршили убиство, његови резултати и схватања у вези злочинца из осећања кривице се могу применити и на убице.

Последњи Фројдов допринос развоју криминологије, који се уједно може користити и за објашњење убиства, је теорија симболизма. Према овој теорији свака особа, ствар или радња могу да имају несвесну симболичку вредност и да представљају нешто друго, што неминовно може утицати на значење појединих кривичних дела. Тако на пример украдена ствар може да представља неузвраћену љубав, а повређена или убијена особа неког другог кога је учинилац стварно хтео да повреди или лиши живота.⁵⁰

Постојало је неколико следбеника психоаналитичке школе. Наиме, неки криминолози су примењивали Фројдове принципе приликом проучавања разних облика кривичног понашања, укључујући кривичност насиља, при том тврдећи да постоји веза између унутрашњих психолошких конфликта и каснијег кривичног понашања. Галагер је тврдио да абнормално и насилно понашање настаје на основу конфликта који постоји између Ида и Суперега због необјашњених искустава из детињства.

Међутим, најзначајнија психоаналитичка примена на случајеве извршених убиства јавила се седамдесетих година прошлог века. Криминолог Гутмахер је, користећи психоаналитичку теорију, покушао да изврши класификацију убиства. Закључио је да код просечног убиства не постоји упадљива психопатологија или ментални поремећај, али постоји дефектна савест. Он се запитао шта доводи до јављања дефектне савести. Постојање неадекватног породичног живота, емотивне депривације и неадекватно неговање утиче на појаву дефектне савести, узрукујући јављање екстремне фрустрације која доводи до извршења убиства. Искуство убице у погледу депривације доприноси томе да он или она не осећа депривацију по извршењу убиства.⁵¹

Такође, криминолог Вили у својој десетоделној подели убиства према мотиву поред депресивног, психотичног, убиства због поремећаја рада мозга, пасивно-агресивног, алкохоличарског, хистеричног, малолетничког, ментално ретардираног, сексуалног убиства, разликовао је и психопатско убиство. Код овог убиства личност извршиоца одликује неосећајност и неосетљивост, уз

49 Roazen, P., *Freud, political and social thought*, Transaction Publishers, New Jersey, 1999., pp. 143.

50 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., op. cit., стр. 289.

51 Brookman, F., op. cit., pp. 77.

постојање дефектне савести.⁵² Таква психопатска особа пати од неправилног развоја Ега, при чему не учи из искуства, понављајући исте грешке у погледу процене ситуације и у погледу сопствене контроле.

Танај је 1972. године извршио класификацију убиства на три типа, користећи психоанализу. Први тип убиства познат је под именом его-синтонично убиства, које одликује компатибилност са размишљањем извршиоца и испуњавање његових свесних жеља. Код ове врсте убиства долази када починилац са намером изабере убиство као метод суочавања и решавања психолошких конфликта. Следећи тип убиства је Танај назвао его-дистонично убиство, чије су карактеристике неподударност са размишљањем извршиоца убиства, као и његове јављање у супротности са његовим свесним жељама. До овог убиства долази када је део психичке структуре одвојен од остатка личности, при чему до одвајања може доћи под утицајем психолошких, физиолошких и фармаколошких фактора. Последњи тип Танајеве класификације је психотично убиство, до којег долази када се убица налази у стању делузије.⁵³

И у данашњем времену постоје заступници психоаналитичке теорије, који су сматрали да њоме могу објашњавати и кривично дело убиства. Тако је, на пример, Гилиган 2000. године у својој књизи „*Насиље: Размишљање о најсмртоносној епидемији*“ изнео резултате двадесетпетогодишњег истраживања о екстремно насилним осуђеницима. Он је сматрао да до убиства долази због унутрашњег психолошког конфликта, који је узрокован деловањем стида и губитком самопоштовања. Наиме, стид је посматран као главни узрок испољавања насиља било према себи, било према другим особама.⁵⁴ Постоје многи фактори који могу доводити до настајања једног таквог стида. Гилиган је посебну пажњу посветио својој полазној основи да су многи насилни мушкарци у сами жртве како психичког, тако и физичког насиља. Због тога што су и сами жртве агресивног понашања, они се осећају безначајним, неуспешним, slabим, немоћним и стидљивим.

Он је навео неколико предуслова, чије је постојање неопходно, како бисмо говорили о каузалитету убиства. Први предуслов је осећање стида, који доводи до тога да насилни мушкарци теже да сакрију његово постојање, понашајући се арогантно, јер ништа није више срамота од тога да осећаш стид. Када овакви људи сматрају да нема другог начина, осим да примене само насиље, како би смањили једно такво осећање достизањем високе економске, друштвене или културне позиције, настаје други предуслов. Следећи предуслов је непостојање

52 Godwin, M., *Hunting serial predators*, Jones and Bartlett Publishers, Ontario i London, 2008., pp. 4.

53 Ressler, R., Burgess, A., Douglas, J., *Sexual homicide: patterns and motives*, The Free Press, New York, 1992., pp. 6.

54 Више о ставовима Гилигана видети у: Dyer, A., *Ethics and psychiatry: toward professional definition*, American Psychiatric Press, United States of America, 1998., pp. 121-123

довољног емотивног капацитета код такве особе како би могла да контролише насилне импулсе стимулисане од стране стида. Иако многи појединци пате од осећања стида, велики број њих је способен да поново успостави самопоштовање, наставши се при томе у околностима у којима примена насиља не доводи до поновног успостављања поноса или у околностима код којих осећај емпатије им не дозвољава смртоносно гаресивно понашање.⁵⁵

Теорија фрустрације се, такође, може користити за објашњење убиства. Да бисмо могли да анализирамо утицај фрустрације на извршење убиства, потребно је прво да одредимо појам фрустрације. Она се дефинише као немогућност задовољења одређених мотива, нагона, при чему се психолошко стање у које се налази појединац када не може да задовољи одређене мотиве назива фрустрационом ситуацијом. Због фрустрација може до из разних препрека, које могу бити: објективни, физички, социјални, персонални. Такође, до неостваривања нагона може доћи и због постојања конфликта, који се огледа у сукобу различитих циљева, код којих остваривање једног циља аутоматски онемогућава задовољење другог циља.⁵⁶ Појединци се различито понашају када се нађу у фрустрационој ситуацији. Имамо особе који уложе додатне напоре како би на неки алтернативни начин остварили одређене мотиве, док постоје и људи који покушавају да агресивним понашањем реше дати проблем у односу на препреке које спречавају дате нагоне.⁵⁷

Криминолог Џон Долард је, заједно са својим колегама са Универзитета Јејл 1939. године, представио тезу да о повезаности фрустрације и агресивности. Иако, по њему, фрустрација не доводи у свим случајевима непосредно до агресије, она увек повећава подстрекивање ка агресији. На овај начин се повећава могућност испољавања агресивног понашања.⁵⁸ Такође, директна агресија није увек резултат постојања фрустрације, јер се она може на неки начин контролисати деловањем инхибитора, нарочито према особи која непосредно повезана са нашом фрустрацијом. Наиме, могуће је да агресију не испољимо моментално када смо фрустрирани (нпр. према шефу), већ је, тражењем тзв. секундарне жртве, испољимо према некој другој особи (нпр. супружник).

Иако фрустрација може настати током целог живота, сматра се да фрустрација која настане у раној младости најснажније делује на касније агресивно понашање са смртним исходом (убиством). Ова тврдња је потврђења спровођењем једног истраживања у Новој Енглеској о 51 убици, при чему је створена контролна група од браће убица, који су имали приближни

55 Brookman, F., op. cit., pp. 79.

56 Видети: http://tagtag.com/psih/frustracije_i_konflikti, приступ 25.06.2011. године

57 Santos, A., *Readings in Biology and Man*, MSS Information Corporation, New York, 1973., pp. 250.

58 Schellenberg, J., *Conflict resolution: theory, research, and practice*, State University of New York Press, Albany, 1996., pp. 51.

број година. Наиме, детињство ових убица било је испуњено различитим физичких и психичким фрустрацијама. Код убица су постојале два и по пута веће озбиљне трауме још на рођењу. Такође, убице су имале у детињству четири пута више операција и несрећа од своје браће, уз три и по пута више озбиљног обољевања. Родитељи су убице када су били мали чешће били него њихову браћу. И убице и њихова браћа су се као мали агресивно понашали. Међутим, док су припадници контролне групе испољавали агесију која је за њхове године била прихватљива, убице су се понашали тако агресивно да је то било у супротности са очекивањима, као што је убијање кућних љубимаца. Управо та друштвена неприхватљивост њиховог агресивног понашања, је повећало степен фрустрације коју су они осећали као млади.⁵⁹

Криминолози Хенри и Шорт су 1954. године проучавали повезаност фрустрације са самоубиствима и убиствима. Они су сматрали да самоубиство и убиство представљају алтернативни начин одговора на јављање фрустрације. Да ли ће доћи до извршења једног или другог не зависи од извора фрустрације. Хенри и Шорт су испитивали утицај економских фрустрација, које настају због флукуација у тзв. пословном циклусу, на убиства и самоубиства. Иако их неки теоретичари сврставају у представнике социолошке школе, могу се сматрати представницима психолошког правца, јер је основа њиховог истраживања схватање Џона Доларда о фрустрацији и агресивности.

Њихово истраживање је показало да је укупан број извршених самоубиства у обрнутој вези, док су убиства у директној вези са економским циклусима. Повезаност економског стања и самоубиства зависи од социјалног статуса, док правац односа економских услова и убиства је у директној вези друштвених особина датог лица.⁶⁰ Хенри и Шорт су, полазећи од тога да пословни циклуси доводе до промена у положају одређених лица и да фрустрација настаје када појединац не успе да одржи или још више напредује у погледу особа других друштвених група, дошли до веома занимљивих резултата. Такође, да бисмо на правалан начин схватили њихове тврдње потребно је узети у обзир да се самоубиства дешавају више код лица вишег друштвеног статуса, док се убиства извршавају више од људи мањег друштвеног положаја.

Наиме, особе са вишим друштвеним статусом више губе у односу на особе са мањим друштвеним статусом у време економске кризе, док лица мањег друштвеног положаја више губе када постоји експанзија у економији. Људи вишег друштвеног положаја осећају се више фрустрирано за време економске контракције, што доводи до тога да они агесију управљају према сами себима. Како је у време настанка ове теорије америчко друштво још увек било дубоко

⁵⁹ Palmer, S., *The violent society*, College and University Press Service, Connecticut, 1992., pp. 53.

⁶⁰ Unnithan, N., *The Currents of lethal violence: an integrated model of suicide and homicide*, State University of New York Press, Albany, 1994., pp. 40.

подељено на људе беле пути, који су заузимали боље друштвене позиције, и људе црне пути, који су били на лошијим позицијама у друштву, Хенријева и Шортова констатација у вези самоубиства се пре свега односи на белце.⁶¹

У погледу убистава, они су тврдили да се убиство више јавља код људи мањег друштвеног положаја (Афроамериканци) када постоје економске флукуације. У време економских криза људи црне пути се осећају мање фрустрирани, јер су разлика између њих и белаца смањује, док се у тренутку просперитета у погледу економије стопа убиства извршена од стране црнаца повећава, због постојања веће фрустрације, која настаје на основу повећавања разлике између више и ниже друштвене класе. То не значи да Афроамериканци не врше самоубиства. Али када се самоубиства јављају код њих, она се врше од стране припадника мало бољег друштвеног положаја.⁶² Поставља се питање зашто Афроамериканци због фрустрације своју агресију управљају према другим особама. Одговор на ово питање лежи у чињеници да су људи црне пути током историје били изложени разним притисцима од стране доминантне субкултуре.⁶³

Иако се теоријом фрустрације могу објашњавати убиства, она има одређене недостатке. С обзиром на то да је основа ове теорија фрустрација која доводи до агресије, лоша страна теорије се огледа у томе да особе са посебним потребама врше веома мали број убиства, без обзира на то што су веома фрустрирани због својих физичких недостатака.⁶⁴

Закључак

Проучавање етиологије убистава показује деловање разлитих криминогенних фактора. Све анализирани теорије су једностране у томе што искључују деловање других криминогенних фактора, попут биолошких и социолошких. Другим речима, убиство, као једно од најтежих кривичних дела се објашњава деловањем психолошких особана личности, при чему се не узима у обзир постојање биолошких и социјалних фактора или се овим факторима признаје споредни значај. Међутим, једностраност психопатолошких и психолошких теорија се огледа и у томе што свака од ових учења, која припадају овом правцу, указују на деловање само једног специфичног фактора. Због тога је потребно наставити са даљим истраживањима убистава, како би се увидело који од ових фактора има доминантан утицај на вршење овог кривичног дела, у циљу изградње ефикаснијих мера превенције.

61 Lester, D., Yang, B., *The economy and suicide: economic perspectives on suicide*, Nova Science Publishers, New York, 1997., pp. 26.

62 Unnithan, N., *op. cit.*, pp. 41.

63 Heitmeyer, W., Hagan, J., *International handbook of violence research*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003., Volume 1, pp. 762.

64 Констанитновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 282.

Литература

Домаћи извори

Бошковић, М., *Криминологија*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2006. година

Вуковић, Ш., *Крвни деликти у Србији*, „Зајечар“, „Интерпреглед“ и „Савремена администрација“, Београд, 1984. година

Константинновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликант принт, Ниш, 2009. година

Перовић, К., *Криминологија*, ОДП Штампарија „Требиње“, Никшић, 1998. година

Тирић, З., Димитријевић, Б., *Основи судске психијатрије и психологије*, Студентски културни центар, Ниш, 2009. година

Страни извори

Brookman, F., *Understanding homicide*, Sage publications, London, 2005.

Carducci, B., *The Psychology of Personality: Viewpoints, Research, and Applications*, Brooks/Cole Publishing Company, Oxford, 2009.

Costello, J., *The pale criminal: psychoanalytic perspectives*, Karnac Books, London, 2003.

De Berg, H., *Freud's Theory and Its Use in Literary and Cultural Studies: An Introduction*, Camden House, Rochester, 2003.

Dyer, A., *Ethics and psychiatry: toward professional definition*, American Psychiatric Press, United States of America, 1998.

Engler, B., *Personality theories*, Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, Boston, 2009.

Eysenck, H., Gudjonsson, G., *The causes and cures of criminality*, Plenum Press. New York, 1989.

Godwin, M., *Hunting serial predators*, Jones and Bartlett Publishers, Ontario i London, 2008.

Heitmeyer, W., Hagan, J., *International handbook of violence research*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003., Volume 1

Henderson, M., *An empirical classification of non-violent offenders using MMPI*, Personality and Individual Differences, 1983., Vol. 4.

Hollin, C., *Psychology and crime: an introduction to criminological psychology*, Taylor & Francis e- Library, London, 2002.

Knafla, L., *Crime, punishment, and reform in Europe*, Praeger Publisher, Westport, 2003.

Korn, R., McCorkle, L. *Criminology and Penology*, Holt, Rinehart and Winston, New York 1959

ЕТИОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УБИСТВА - ПСИХОПАТОЛОШКЕ И ПСИХОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ

- Leeming, D., Madden, K., Marlan, S., *Encyclopedia of psychology and religion*, Springer Science, New York, 2010., Volume 1
- Leeming, D., Madden, K., Marlan, S., *Encyclopedia of psychology and religion*, Springer, New York, 2010., Volume 1
- Lester, D., Yang, B., *The economy and suicide: economic perspectives on suicide*, Nova Science Publishers, New York, 1997.
- Marcovitz, H., *Suicide*, ABDO Publishing Company, North Mankato, 2010.
- McGurk, J., McGurk, E., *Personality types among prisoners and prison officers: An investigation of Megargee's theory of control*, *British Journal of Criminology*, London, 1979., Vol. 19/1.
- Melossi, D., *Controlling crime, controlling society: thinking about crime in Europe and America*, Polity Press, Cambridge, 2008.
- Melville, G., Morgan, K., Norris, G., Walkington Z., *Theories of crime*, Routledge, New York, 2006.
- Mire, S., Roberson, C., *The Study of Violent Crime: Its Correlates and Concerns*, Taylor and Francis Group, USA, 2011.
- Newton, M., *The encyclopedia of serial killers*, Library of Congress, New York, 2006.
- Palmer, S., *The violent society*, College and University Press Service, Connecticut, 1992.
- Peay, J., *Mental Health and Crime*, Routledge, Abingdon, 2011.
- Regoli, R., Hewitt, J., *Exploring Criminal Justice: The Essentials*, Jones and Bartlett Publishers, Ontario, 2009.
- Reid, Titus, S., *Crime and Criminology*, Florida State University, 2003.
- Ressler, R., Burgess, A., Douglas, J., *Sexual homicide: patterns and motives*, The Free Press, New York, 1992.
- Roazen, P., *Freud, political and social thought*, Transaction Publishers, New Jersey, 1999.
- Sammons, A., *Eysenck's theory of criminal personality*, Criminal psychology
- Santos, A., *Readings in Biology and Man*, MSS Information Corporation, New York, 1973.
- Schellenberg, J., *Conflict resolution: theory, research, and practice*, State University of New York Press, Albany, 1996.
- Umnithan, N., *The Currents of lethal violence: an integrated model of suicide and homicide*, State University of New York Press, Albany, 1994.
- Шепаровић, З., *Криминологија и социјална патологија*, Библиотека, уџбеници и скрипта, Загреб, 1981. година

Интернет адресе

<http://allpsych.com/personalitysynopsis/eysenck.html>
http://en.wikipedia.org/wiki/Minnesota_Multiphasic_Personality_Inventory
<http://psychology.jrank.org/pages/501/Preconscious.html>
http://socialscience.stow.ac.uk/criminology/criminology_notes/intelligence.htm
http://tagtag.com/psih/frustracije_i_konflikti
<http://www.enotes.com/forensic-science/serial-killers>
<http://www.forlagetamalie.dk/pdf/factsheet2.pdf>
<http://www.helium.com/items/127853-hans-eysencks-theories-of-criminal-behavior>
<http://www.iep.utm.edu/freud/>

Darko Dimovski, LL.B.

Assistant

Faculty of Law, University of Niš

***ETIOLOGICAL CHARACTERISTICS OF MURDER:
Psychopathological and Psychological Theories***

Summary

In this paper, the author first focuses on the psychopathological theory as one of the possible explanations governing the commission of a criminal act of murder. Given the fact that the psychopathological theory is closely associated with the psychological theory (both of which explain the crime from the endogenous point of view), the author further discusses the interrelatedness between these theories and focuses on the explanation of murder from the psychological point of view.

The research into the etiology of murder points to the activity of different criminogenous factors. All the analyzed theories are one-sided because they exclude the impact of other criminogenous factors, such as biological and social factors. In other words, murder (as one of the major criminal offences) is explained by the activity of psychological characteristics of personality, where the biological and social factors have either been disregarded or regarded to have a secondary importance. The one-sided approach of these two theories is also reflected in the fact that each of these theories describes the activity of one specific factor only. For this reason, it is necessary to carry on the research on murder, not only for the purpose of examining which of these factors has a dominant impact on the commission of the criminal act of murder but also for the purpose of developing efficient prevention measures.

Key words: *murder, psychopathological theory, psychological theory.*

НОРМАТИВНИ ОКВИР ПРАВНОГ РЕГУЛИСАЊА ЕКОЛОШКОГ ОПОРЕЗИВАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте нормативно-правни оквир еколошког опорезивања у Србији. У том циљу се разматрају постојећа законска решења, којима се у порески систем уводе еколошке накнаде у функцији заштите ваздуха, воде, земљишта и осталих природних добара. Такође се указује на обележја и структуру еколошких пореза у упоредном законодавству и искуства земаља које се сматрају лидерима у њиховој имплементацији. У даљем тексту се посебна пажња посвећује оцени ефикасности постојећих еколошких накнади и чињењу конкретних предлога за побољшање њихове учинковитости.

Кључне речи: еколошки порези, животна средина, зелена пореска реформа, еколошка свест.

Увод

Забрињавајући ниво загађења животне средине у Србији није настао само као резултат привредних активности на њеној територији, већ и као резултат специфичних околности које су се збиле почетком деведесетих година прошлог века. На нивоу Европске Уније, уведене су бројне директиве општег карактера, као и специфичне директиве о ваздуху, отпаду, води, земљи, биодиверзитету и остале, којима су позитивно правни прописи о заштити животне средине Републике Србије прилагођени. Законом о заштити животне средине, који заузима централно место у нормативном систему њене заштите, се предвиђају накнаде за загађивање, накнаде за коришћење природних вредности и накнаде за унапређење и заштиту животне средине.¹ Накнадом за коришћење природних вредности покривају се трошкови санације и рекултивације деградираниог

¹ Закон о заштити животне средине, Службени гласник РС, бр.135/2004. «Озелењивањем» постојећих пореских облика се на посредан начин доприноси очувању животне средине. Тако нпр. у области опорезивања добити правних лица се издаци учињени за заштиту животне средине, заједно са издацима који су учињени у образовне, здравствене, научне и хуманитарне сврхе, признају на терет расхода у пореском билансу највише до 3,5 % укупно остварених прихода, што је најбољи пример «озелењивања» постојећих пореских облика, јер поред умањења пореске обавезе на законит начин, води се рачуна и о заштити природе.

простора, док се накнаде за загађивање животне средине плаћају за свако загађење које је проузроковано отпадом производима, полупроизводима и сировинама које садрже штетне материје, док се накнаде за заштиту и унапређивање животне средине уводе од стране јединица локалне самоуправе, које плаћају физичка и правна лица која обављају послове превоза и транспорта нафте, с тим што се ове накнаде плаћају и по основу коришћења непокретности.² Поменути накнадама се прикупљају значајна финансијска средства.³ Међу накнадама које имају еколошку функцију, посебно се издвајају накнаде за воду, накнаде за ваздух, накнаде за земљиште, накнаде за отпад, накнаде за заштиту животне средине, накнаде у области заштите биљног и животињског света, а од нарочито еколошког значаја су еколошке таксе, које се у Србији однедавно примењују.

1. Накнаде за отпад

Модерна индустријска производња генерише велику количину отпада, а како депоније отпадних материја нису неограниченог капацитета, велики проблем представља складиштење и одлагање отпада. Отпад представља сваку материју у течном, чврстом и гасовитом стању, који настаје као нуспродукт у производном процесу.⁴ Према месту настанка отпада, разликујемо комунални и технолошки отпад. Комунални отпад чине отпаци из домаћинства, док технолошки отпад настаје у индустријским процесима у привреди.⁵ У области управљања отпадом се користе различите еколошке накнаде, које би требало да подстакну његову рециклажу. То су накнаде за одлагање отпада, накнаде за опасан отпад, као и порез за отклањање отпада, док се посебне еколошке накнаде примењују у Немачкој, Швајцарској, Пољској и другим земљама.⁶ У Србији је ова област регулисана Законом о управљању отпадом, чији је *ratio legis* повећање обима рециклаже свих врста отпада, како на централном тако

Закон о порезу на добит правних лица, Службени гласник РС, бр.25/01, 80/02,43/03,84/04 и 18/10, чл. 15.

2 Закон о заштити животне средине, чл. 49-52., Уредба о критеријумима за утврђивање накнаде за заштиту и унапређење животне средине и највишег износа накнада, Службени гласник РС, бр. 41/09.

3 2006. године, укупни приходи од еколошких накнада су износили отприлике 2.1 милион динара (око 26 милиона €), од чега је 40% отишло у државни буџет, а 60% у градске и општинске буџете. Економска комисија за Европу, Комисија за програмску политику у области заштите животне средине, Преглед стања животне средине у Републици Србији (II), Уједињене Нације, Њујорк и Женева, 2007.

4 http://www.wikipedia.org/wiki/Waste_management.

5 Љ. Дабић, Поступање са отпадом и заштита животне средине, Правни живот, 9/1997., стр. 443-444.

6 М. Нинковић, Заштита животне средине и еколошке парнице у Сједињеним Америчким Државама, Магистарски рад, Правни факултет, Београд, 2004., стр. 51.

и на локалном нивоу.⁷ Тренутно је у Србији од економских инструмената за управљање отпадом присутна наплата услуга за прикупљање и одлагање отпада од корисника. Накнада се углавном обрачунава по квадратном метру стамбене или пословне површине, мада се може вршити и на основу типа стамбеног објекта из ког се отпад износи, његовој локацији итд. Обрачунавање се врши према реализованом капацитету производње за период од годину дана, а који се одређује и изражава у јединицама масе у тонама.⁸ Овај инструмент има дугу традицију, где наплату по правилу врше јавна комунална предузећа, која се баве прикупљањем и одлагањем отпада. Постоји реална и логична потреба за увођењем нових инструмената не би ли се изградио квалитетнији систем управљања отпадом. У том смислу је неопходно установити нови критеријум за утврђивање наплате комуналних услуга који ће реалније одражавати везу између масе отпада и трошкова збрињавања, што значи да се у привреди мора вршити фактурисање према количини отпада, било у запремини или маси.⁹ Цене услуга морају обухватити како фиксне, тако и варијабилне трошкове и као такве оне морају бити строго економски регулисане, јер је реч о делатности која има особине природног монопола.¹⁰ У Србији се разматра могућност увођења нових фискалних инструмената, који би требало да омогуће да сав отпад који одлази на депоније буде предмет опорезивања, а који би плаћали корисници депонија у виду посебне накнаде. За одлагања амбалажног отпада, предвиђено је плаћање посебних накнада, код којих се висина одређује према врсти, количини, намени и материјалу од кога је амбалажа израђена.¹¹ Занимљив је пример Чешке и Словачке, у којима се у систему накнада прави разлика између основних накнада (које се плаћају по тони отпада који се одлаже на лиценцираним депонијама) и додатних накнада (које се наплаћују приликом одлагања отпада на лиценцираним депонијама које нису усклађене са техничким прописима који се примењују на нове, модерне депоније).¹² Коначни корисник убирања основних

7 Закон о управљању отпадом, Службени гласник РС, бр. 41/09.

8 Уредба о врстама загађења, критеријумима за обрачун накнаде за загађивање животне средине и обвезницима, висини и начину обрачунавања и плаћања накнаде, Службени гласник РС, бр.113/2005, 67/2007. и 8/2010., чл.4.

9 Стратегија за управљање отпадом за период од 2010-2019., стр.71.

10 Б. Беговић, Економија за правнике, М. Лабус, А. Јовановић, Правни факултет, Београд, 2008., стр.238.

11 Ове накнаде се комбинују са депозитним системом за једнократну амбалажу и са кауцијским системом (који се примењује са појединачном амбалажом у којој су смештене одређене хемикалије). Закон о амбалажи и амбалажном отпаду, Службени гласник РС, бр. 36/09.

12 Waste Management Plan of the Czech Republic, Department of the Ministry of the Environment (including the Binding Part stipulated in Government Regulation No. 197/2003 Coll.).

накнада је локална самоуправа, док се додатне накнаде јављају као стимуланс произвођачима да избегну коришћење постројења која нису изграђена у складу са прописима. У Србији се од накнада за одлагање и прикупљање отпада остварују приходи који нису занемарљиви. Еколошки порези на прикупљање и одлагање отпада се успешно примењују и у скандинавским земљама. Шведска је опрезивањем комуналног индустријског отпада успешно смањила количину отпада која одлази на депоније и повећала обим рециклирања, док је Финска проширила обим опорезивања и на конзерве, пластику, укључујући и флаше, с тим што се конзерве и флаше које се могу поново користити изузимају од опорезивања. У Норвешкој је увођење посебне еколошке таксе на производе који садрже хидрофлуор, довела до пораста продаје фриждера који у себи не садрже те штетне супстанце, па се по истеку периода коришћења могу лакше одложити.¹³ У погледу начина одређивања пореске основице код еколошких пореза на прикупљање и одлагање отпада, међу теоретичарима се воде полемике о томе да ли основица треба да буде утврђена у фиксном износу, или се основица треба утврдити квантитативно, у зависности од количине отпада који се одлаже. У САД се за плаћање накнаде за отпад примењује принцип “pay as you throw” (плати колико бациш), који подразумева примену различитих пореских стопа у зависности од количине баченог отпада, што може деловати врло подстицајно у повећању процента рециклаже.¹⁴ Овај систем се у нешто модификованом облику примењује и у Немачкој са пуно успеха, али се у пракси скреће пажња, да је при коришћењу овако дефинисаних накнада за отпад потребан опрез, јер може доћи до злоупотреба постројења за рециклажу и илегалног одлагања отпада.¹⁵ Такође, висина накнада за отпад може бити утврђена и у зависности од врсте отпада.¹⁶ Наплату треба повезати са стварном количином отпада, нарочито код накнада за ђубре које се у Србији утврђују по квадратном метру стамбеног или пословног простора, а да тамо где би таква накнада била немогућа или скопчана за велике трошкове, да се наплата врши по члану домаћинства.¹⁷

13 M. Schofield, T. Theodosiou, Green taxes in other developed countries, CIOT, Green Tax Report, 2009., p. 20.

14 L. A. Skumatz, Pay as you throw, variable rates as an example, measuring source reduction, Report prepared by Skumatz Economic Research Associate, INC, 2000.

15 N. Tojo, A. Neubauer, I. Brauer, Waste Management Policy and Policy Instrument in Europe - An Overview, Holiwast, Holistic Assessment of Waste Management Tehnologies, Sweeden, European Commission, Sixth Framework Programme, 2005., p. 5.

16 У Шпанији нпр. се плаћа порез на отпад у висини од 30 евра по килограму опасног отпада, 7 евра по килограму обичног отпада и 3 евра по килограму отпада који претекне од тзв. «мртве материје». Извор: Fiscal measures in relation to transfer tax and local tax in the region of Murcia, Law 9/2005.

17 Р. Пешић, Европска екологија у Грчкој и Србији, Предлози нових еко-пореза, Финансирање заштите животне средине, Екофорум, 2005., стр.9

Овакав вид наплате накнада за отпад би на грађане деловао доста стимулативно, да приликом куповине производа бирају оне са амбалажом која подлеже процесу рециклаже, или пак производе који немају никакву амбалажу и тако се ослободе своје пореске обавезе. Један од начина да се грађани «одобровоље» за плаћање накнаде за отпад, јесте да се у њиховим очима створи слика о томе да ће се приходи прикупљени на овај начин користити за финансирање неких актуелних пројеката на нивоу локалне заједнице од којих они имају значајне користи. Код утврђивања еколошких пореза на отпад, нарочита пажња се посвећује утврђивању накнада за тзв. опасни отпад.¹⁸ С обзиром на то да се опасан отпад производи у индустријском и хемијском сектору, тј. индустријама које производе сировине које се користе као инпути у процесу производње, до момента када порез на опасни отпад стигне на потрошача, највероватније ће доћи до пореске дифузије преко разноврсних производа.¹⁹ Веза између еколошких пореза који се плаћају на обичан отпад и потрошача је више директна, од оне која постоји између опасног отпада и потрошача, због чега се примењују више пореске стопе код пореза на опасан отпад.²⁰ Наплата накнада за отпад од индустријских корисника у Србији није на задовољавајућем нивоу, тако да би требало предузети одговарајуће мере да се то поправи, јер како су хемијска и индустријска постројења главни генератори отпада, било би оправдано да они поднесу већи део пореског терета. Како је реч о привредним субјектима који остварују врло често монополски профит, било би оправдано да држава такође кроз наплату накнада за отпад захвати један део тог профита, јер је она та која им обезбеђује услове пословања под којима га они могу остварити. Пошто је реч о привредним субјектима који имају велику економску снагу, висина накнада за индустријски отпад би требало да буде повећана, јер држава тиме може остварити значајне приходе.²¹ У Србији за разлику од осталих европских земаља, не постоји посебан порез који би се

18 Опасан отпад садржи материје које су нарочито опасне по људско здравље и животну средину, јер могу бити отровне или радиоактивне, J. H. Peretz, R. A. Bohm, P. D. Jasienczyk, Environmental policy and reduction of hazardous mwaste, Journal of Policy Analysis and Management, 1997., 16, p. 557.

19 R. Jenkins, K. Maguire, State hazardous and Solid waste taxes: Understanding their variability, National Centar for Environmental Economics, Working Paper, 09-01, 2009., p. 20.

20 D. Fullerton, Why have separate Environmental taxes, Tax policy and the Economy, Cambridge, MA: MIT Press, 1996., pp. 33-70. Фулerton је доказао да еколошки порези, а нарочито порези на отпад, стварају ефекат пореске дифузије. Он је испитивао ефекте девет различитих еколошких пореза на 41 оутпут и утврдио да су они утицали на цене само два оутпут-а, што значи да је њихов утицај био једва већи од једног процента.

21 Нпр. накнаде за прикупљање и одлагање отпада у Канади, држави доносе годишњи приход од 100 милиона канадских долара. Овим накнадама се врши пренос трошкова одлагања отпада са нивоа локалних заједница на терет моћних предузећа, који су главни ствараоци отпада. M. Schofield, T. Theodosiou, Green Taxes in other developed countries, CIOT, Green Tax Report, 2009., p.18.

плаћао на депоније, тако да се мора радити на његовом увођењу. Суштина тог пореза би била да смањи површине постојећих депонија, где би основицу пореза представљала количина унетог пореза на депонију, а обвезници пореза би била сва комунална предузећа.²²

2. Накнаде за загађивање вода

Заштита водних ресурса је у условима пораста становништва и повећаних притисака на водне ресурсе, постала област од изузетног значаја за једну државу. Иако се у теорији истиче да је главни недостатак еколошких пореза утврђивање количине штетне емисије, сматра се да је тај недостатак најмање изражен у њиховој примени у области заштите воде, јер се ту загађивач може релативно лако идентификовати.²³ Приликом утврђивања цена воде, требало би тежити томе да сви корисници, укључујући и домаћинства, пољопривреду и индустрију, допринесу одрживости воде на адекватан начин. Рачуни за воду уобичајно садрже део који се односи на трошкове водоснабдевања и потрошње воде, али и део који се односи на остале трошкове, тј. накнаде.²⁴ Из тог разлога се опорезивање јавља као један од инструмената који би требало да покрије трошкове снабдевања водом и трошкове који су проузроковани њеним загађењем. Еколошки порески облици које државе користе у постизању тог циља се међусобно доста разликују, па се из тог разлога врло тешко може извршити њихово бројчано поређење (барем када су упитању европске земље).²⁵ У Србији је ова област регулисана Законом о водама, који је регулисао плаћање неколико врста накнада: накнаде за коришћење вода, накнаде за загађивање вода, накнаде за заштиту вода, накнаде за одводњавање и наводњавање, накнаде за извађени материјал из водотока и накнаде за коришћење водопривредних објеката и вршење других услуга.²⁶ Од поменутих накнада издвојићемо оне код којих је веома изражена еколошка функција, а то су превасходно накнаде за заштиту вода и накнаде за загађивање вода. Накнаде за загађивање вода имају веома широку примену из разлога што је у условима контролисаних трошкова, главним изворима загађења воде веома тешко директно прићи, али са еколошким порезима који се примењују на ове емисије, фирме могу међусобно упоређивати цену пореза са трошковима контроле емисије загађења. Ако је цена коју порез намеће већа од трошкова контролисане емисије, фирме ће радије

22 Р. Пешић, *ibid*.

23 R. Helmer, I. Hespanhol, *Water pollution control: A Guide to use of water quality management, Tool Detects of Pollutions, United Nations Environmental Programme, 1997.*, p. 163.

24 Д. Гереш, *Управљање потражњом воде, Грађевинар, 55, 2003.*, стр.333.

25 T. Sterner, G. Kohlin, *Environmental Taxes in Europe, Public Finance and Management, 3 (1), 2003.*, p. 137.

26 Закон о водама, Службени гласник РС, бр. 46/91, 53/93, 67/93, 48/94 и 54/96.

смањити емисију, него да плате еколошки порез.²⁷ И поред тога што еколошки порези за загађивање воде заузимају веома важно место у систему заштите животне средине, у пракси се они тешко прихватају из одређених политичко-економских разлога. Ти разлози се огледају у томе, што се од загађивача захтева да плати и трошкове контролисања емисије, као и порез на емисије које нису контролисане.²⁸ Обвезници накнаде за загађивање воде су власници пловних објката, лица која испуштају отпадне воде или врше сакупљање и преишћавање отпадних вода системом јавне канализације, као и лица која испуштају загађујуће супстанце на пољопривредно, грађевинско или шумско земљиште, које на посредан или непосредан начин загађују воде.²⁹ Накнаде за загађивање вода у Србији се плаћају за свако непосредно или посредно загађивање воде, где се накнада утврђује у проценту од цене обавезног осигурања пловног објекта и плаћа се при његовој регистрацији, док се за отпадне воде накнада плаћа према врсти и количини из извора загађивања.³⁰ Највиша накнада је предвиђена за оне пореске обвезнике који немају уређаје за секундарно преишћавање у својим погонима, док се за пореске обвезнике који током целе године преишћавању отпадне воде пре него што се испусте, омогућава умањење накнаде за 50% од њене висине, односно умањење од 25% од висине накнаде, ако се поменути преишћавањем поменутих вода смањује концентрација загађујућих материја за количину изражену у истим поменутих процентима.³¹ Посредна заштита вода се остварује и законским решењем, које предвиђа да се порез на приходе од пољопривреде и шумарства не плаћа на катастарски приход од земљишта на коме су подигнути насипи, канали, устави и други објекти, намењени за одбрану од поплава, наводњавање и одвоњавање.³² Такође, Законом о порезима на имовину је предвиђено да се не плаћа порез на непокретности које обухватају: водоуставе, бране, објекте за заштиту од штетног дејства вода и друге објекте.³³ Иако Закон о заштити животне средине у Србији врло концизно регулише област заштите и загађења вода, не можемо а да се не запитамо, колико се поменута законска решења примењују у пракси? С обзиром на чињеницу да производња није на завидном нивоу, што би на први поглед значило да и хемијско загађење воде

27 J. Boyd, Water Pollution Taxes, A Good Idea Doomed to Failure, Discussion Paper, 03-20, Resources for the Future, Washington, 2003., p. 3.

28 Ibid, p. 6.

29 Закон о водама, чл.164-168.

30 Ibid.

31 Уредба о висини накнаде за коришћење вода, накнаде за заштиту вода и накнаде за извађени материјал из водотока за 2010. годину, Службени гласник РС, бр.17/2010, чл.4-5.

32 Закон о порезу на доходак грађана, чл. 29.

33 Закон о порезима на имовину, Службени гласник РС, бр. 26/01 , 45/02 , 80/02 , 80/02 , 135/04 , 61/07 , 5/09.

не би требало да буде значајно изражено, загађивача у Србији је све више. Уколико узмемо у обзир висину постојећих накнада за загађење, изгледа да су накнаде постављене исувише ниско, тако да оне не обезбеђују довољну издашност прихода који би могли да се искористе за финансирање одређених пројеката који би допринели смањењу загађења. У погледу висине накнада за загађење и заштиту воде, требало би узети у обзир чињеницу да се Србија још увек налази у процесу транзиције и да се становништво оптерећено бројним дажбинама, налази врло близу границе апсолутног лимита пореског оптерећења. Зато би свако повећање износа накнаде које није усклађено са економском снагом пореског обвезника могло да буде контрапродуктивно решење, које би угрозило “популаризацију” еколошких пореза, које грађани саме по себи врло тешко прихватају. Развијене земље Западне Европе имају дугу традицију у примени еколошких пореза којим штите воду од загађења. Још 1970. године, Норвешка је увела накнаде за загађење вода проузроковане тешким металима који испуштају велике фирме, али и накнаде за тзв. органска загађења воде, које проузрокују пољопривредна домаћинства и мале и средње фирме.³⁴ Ове накнаде су првобитно коришћене за прикупљање средстава за изградњу фабрика за пречишћавање вода, али су високи трошкови изградње ових постројења захтевали високе накнаде, тако да је до 1990. године, дошло до смањена обима индустријског загађења вода за 75%.³⁵ У Немачкој се такође наплаћују накнаде за отпадне воде чији се приходи користе за одређене програме контроле загађења, док се сличне накнаде примењују у Француској, чијим се приходима врши реинвестирање водопривредне структуре.³⁶ У Пољској су накнаде које се плаћају за загађење воде диференциране, у зависности од тога да ли се као загађивачи јављају компаније или пак општине, с тим што накнаде које плаћају општине чине само једну петину износа накнаде које плаћају компаније, тако да је њихов мотив за смањење загађења вода другачије природе.³⁷ Када би се исти износ накнада које плаћају компаније применио и на општине, код њих би мотив за смањење загађења вода био знатно израженији, чак и у малим неразвијеним општинама у којима су такви трошкови изузетно високи.³⁸ У Британији, Холандији и Немачкој, компанијама се нуде подстицајни кредити за

34 R. N. Stavins, Experience with Market-Based Environmental Policy Instruments, The Handbook of Environmental Economics, Amsterdam, 2001., p. 8.

35 D. Wheeler at Al., Greening Industry, New Roles for Communities Markets and Government, Oxford University Press for The World Bank, New York, 2000.

36 Environmental Performance Review: Germany, OECD, Paris, 1993., Environmental Performance Review: France, OECD, Paris, 1997.

37 Are Water Discharge Fees Too Low?, OECD Economic Service: Poland, 2001., p. 127.

38 У Словенији и Чешкој су накнаде за отпадне воде веома високе, што је и последица имплементације програма ЕУ утврђеним Директивом о отпадним водама (*EU Urban Waste Water*), Ibid, p. 126.

куповину опреме која служи очувању животне средине (која је изузета од општег режима забране државне помоћи приватним компанијама); Привредни субјекти лако долазе до закључка да изградњом постројења за пречишћавање вода, могу повећати остатак профита након опорезивања.³⁹ У Србији постојећи законски оквир ни у једном свом члану не предвиђа могућност принудне наплате накнаде за загађивање вода од стране загађивача. Иако постоји потреба за повећањем накнада за заштиту вода, поред вођења рачуна о томе колико би повећање ових накнада оптеретило буџет становништва, потребне су и врло детаљне анализе о "расположењу" које влада код компанија.

3. Накнаде за загађивање ваздуха

Развој индустријске активности и повећање обима друмског саобраћаја су у многим земљама утицали на погоршање квалитета ваздуха. Иако узроци загађења могу бити подједнако и природни процеси и људске активности, удео загађења ваздуха који је проузрокован од стране човека је данас доминантан. Загађење ваздуха подразумева преносење штетних, природних и синтетичких материја у атмосферу, које настаје као директна или индиректна последица људске активности.⁴⁰ На нивоу Европске Уније, усвојена је "Тематска стратегија о загађењу ваздуха" (*Tematics Strategy on Air Pollution*), којим су утврђени одређени циљеви који би требало остварити до 2020. године, а огледају се у смањењу процента емисије одређених штетних материја, попут сумпор-диоксида, азот-диоксида и других прашкастих материја.⁴¹ У САД је интересовање за заштиту ваздуха показано приликом усвајања "Стратегије за чисту енергетску будућност" (*Strategies for a Clean Energy Future*), у којој су научници предложили да индустријска постројења плаћају 50\$ за сваку тону угља коју користе у производњи да би се смањила емисија угљен-диоксида за 70% у периоду од 1990-2010. године.⁴² Развој и имплементација накнаде које се плаћају за загађивање ваздуха (превасходно штетне емисије CO₂, ЦО₂ и НО₂), се разликује од земље до земље. Накнада за загађивање ваздуха су данас постале главни извор финансирања регионалних и општинских фондова за заштиту животне средине који постоје у многим земљама чланицама ОЕЦД-а.⁴³ У Србији се накнаде за емисије о појединачним изворима загађивања обрачунавају према количини емитованих оксида сумпора изражених као сумпор-диоксид,

39 С. Табароши, *op.cit.*, стр.360.

40 Б. Стевановић и остали, Енциклопедија животне средине и одрживи развој, Ецолибри, Београд, 2003., стр. 145.

41 *Tematics Strategy on Air Pollution*, Communication of 21. September 2005. from the Council and European Parliament, COM (2005), 446- Not Published in The Official Journal.

42 N. Kubasek, G. S. Silverman, *op.cit.*, p. 111.

43 *Source Book on Environmental Funds in Economies in Tranzition*, OECD, Paris, 1999b.

емитованих оксида азота изражени као азот-диоксид и према количини емитоване прашкасте материје.⁴⁴ По угледу на решења која постоје у земљама Западне Европе, у Србији се накнаде за загађивање ваздуха плаћају уколико је количина испуштеног CO₂ у ваздух већа од 100 кг годишње, а испуштеног NO₂ и испуштене прашкасте материје, већа од 30 кг годишње, тј. од 10 кг годишње за прашкасте материје.⁴⁵ У европским земљама се прави разлика између тзв. основне накнаде, која се плаћа за емисију штетних материја у ваздух до одређеног нивоа који се толерише и накнаде која има карактер казне (која се плаћа када се тај дозвољени ниво емисије штетних материја пређе). Као главни обвезници плаћања ове друге накнаде појављују загађивачи из сфере тешке индустрије и индустрије металургије.⁴⁶ Пореским обвезницима се признаје право на повраћај већ плаћене накнаде, односно ослобођење од плаћање исте, ако средства користе за спровођење мера које доприносе смањењу загађења животне средине испод прописаног нивоа.⁴⁷ На основу претходно поменутог начина обрачунавања накнаде, можемо закључити да је поступак израчунавања веома комплексан, па се стога намеће и потреба да субјекти који обрачунавају накнаду поседују одговарајућа посебна знања и вештине, јер је код еколошких пореза који су у функцији заштите ваздуха због природе самог загађења, можда и најтеже утврдити количину штетне емисије које се испушта у атмосферу. У већини земаља Централне Европе, приходи који се остваре на овај начин служе за финансирање локалних фондова за заштиту животне средине (Пољска, Чешка, Словачка, Литванија и Бугарска), док се у Естонији, Хрватској и Румунији прикупљени приходи сливају у државни буџет.⁴⁸ У Србији се средства прикупљена од ових накнада користе за финансирање Фонда за заштиту животне средине. Проблем загађивања ваздуха штетним материјама које се испуштају у процесу фабричке производње је прилично детаљно регулисан законом, али морамо поставити питање шта је са загађивањем ваздуха које проузрокују домаћинства употребом дрва за огрев. Да ли би и та потрошња требало да се опорезује? Податке о загађивању ваздуха које домаћинства проузрокују на тај начин је веома тешко прикупити. У земљама у којима постоји

44 Уредба у врстама загађења, критеријумима за обрачун накнаде за загађивање животне средине и обвезницима, висине и начину обрачунавања и плаћања накнаде, Службени гласник РС, бр.113/2005, 67/2007 и 8/2010.

45 Ibid.

46 S. Speck, J. McNickolas, M. Marković, *Environmental Taxes in Enlarge Europe, Analysis And Database of Environmental Taxes and Charges in Central and Eastern Europe*, The Danish Environmental Protection Agency, 2001., p. 45.

47 Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет, Београд, 2008., стр. 433.

48 Упоредном анализом висине накнада, увиђа се да су оне највише у скандинавским земљама, а да су накнаде у Пољској и Литванији, више од висине накнаде у Француској, Италији и Шпанији. S. Speck, J. McNickolas, M. Marković, *op.cit.*, p. 47.

стандардизовано тржиште на којем потрошачи купују дрво за огрев, сматра се да она домаћинства која остварују већи доходак треба да поднесу и већи део пореског терета од оних домаћинстава чији су приходи мањи.⁴⁹ Чињеница је да је увођење накнада које су у функцији заштите ваздуха у Србији праћено великим негодовањем јавности, тако да би се “опорезивањем дрвета које се користи за потребе грејања”, тај степен негодовања још више повећао. Ипак, уколико тежимо оптималној заштити ваздуха у свим аспектима и на свим нивоима загађивања, потребно је да се у будућности накнадама за заштиту ваздуха опорезује и та потрошња. Еколошки порези којима се опорезује емисија угљен-диоксида (CO_2) нису толико раширени у европским земљама, као еколошки порези којима се опорезује емисија других штетних материја. Међу европским државама које су већ увеле порез на угљен-диоксид, налазе се Данска, Шведска и Словенија, а занимљиво је да се увођењем овог еколошког пореза у неким земљама истовремено снижавају постојећи енергетски порези (Шведској и Данској), док се у другим земљама они само додају већ претходно уведеним порезима на енергију (Финска и Холандија).⁵⁰ У Србији није уведен еколошки порез на емисију CO_2 , али се накнадама које се плаћају за возила на моторни погон постиже готово исти жељени ефекат у смањењу емисије CO_2 , јер су накнаде, такође, један од начина интернализације трошкова његове емисије. У теорији се често истиче да је порез на угљен-диоксид “саморегулацијски”, јер допушта да се економски субјекти слободно прилагођавају променама на тржишту на најбољи могући начин, јер преваљивањем пореза на финалног потрошача расте цена производа (нпр. оловног горива), па се уједно подстиче и употреба мање штетних производа (нпр. безоловног горива).⁵¹ Основица пореза јесте количина штетне емисије која се не мери непосредно, него се утврђује посредно на основу продаје или увоза појединачног горива, и по правилу је пореска стопа највиша за угљеник, а најнижа за плин.⁵² Средства која се прикупе од плаћања овог облика еколошког пореза се не користе првенствено за финансирање еколошких фондова, већ за повећање потрошње горива чије сагоревање емитује мању количину CO_2 .⁵³ У Србији је Законом о порезу на

49 C. A. Chavez, J. K. Stranlunt, W. Gomez, Controlling Urban Air Pollution Cost by Household: Uncertainty, Prices and Income, Department of Resource Economic, Working Paper, No.2, 2010., pp. 20-25.

50 S. Speck, J. McNickolas, M. Marković, op.cit., pp. 48-49.

51 R. Slabe-Erker, Порез на угљеник као мера смањења емисије угљичног диоксида, Финансијска теорија и пракса, 26, 2002., стр.631.

52 Ibid, стр.634.

53 F. Muller, Mitigating Climate Change: The Case for Energy Taxes, Environment, 38, 1996., pp. 13-41.

употребу, ношење и држање добара⁵⁴ утврђена, између осталог, обавеза плаћања пореза на употребу моторних возила која треба да допринесе посредној заштити животне средине. Овај порез се плаћа код регистрације, продужења регистрације и замене регистарских таблица путничких аутомобила, комби возила и мотоцикала. Пореска основица се плаћа према радној запремини мотора (најнижа је за возила запремине до 1.150. цм³ и износи 850 динара, док је највиша за мотор запремине преко 3.000 цм³ и износи 155.000 динара), и такво, диференцирано опорезивање је у потпуности усклађено са решењима која постоје у упоредном законодавству, јер су мотори возила са већом запремином генератори веће количине штетне емисије.⁵⁵ Прописани износ пореза на употребу моторних возила може се умањити за 15% од износа пореског дуга -код возила преко пет до осам навршених година старости, тј. за 25% од износа пореског дуга- код возила преко осам до десет навршених година старости и за 40% од износа пореског дуга-код возила преко десет навршених година старости.⁵⁶ У овим пореским олакшицама је очигледна намера законодавца да “стимулише” куповину релативно новијих возила са модернијим моторима, који мање загађују животну средину (нарочито ваздух), али остаје питање колики број грађана у Србији себи може да приушти такав луксуз да купи ново возило, па самим тим и могућност да оствари поменуте пореске олакшице. У иностраним извештајима о стању животне средине у Србији, често се истиче да безоловно гориво у Србији нема значајну улогу на тржишту горива, јер не постоје фискални подстицаји који би промовисали његово коришћење, па се у том смислу трпе критике земаља ЕУ да би Влада требала да развије акциони план за потпуно избацивање оловних горива, као и за прогресивно смањење садржаја сумпора у бензину и дизел гориву до одређених стандарда.⁵⁷ Иако су критике које се упућују на недовољну заступљеност дизел горива на тржишту оправдане, неопходно је пружити грађанима стварне олакшице и подстицаје за куповину новијих возила који имају уграђене дизел моторе, подстицаје које неће бити само “празно слово на папиру” (нпр. давањем повољних кредита који неће много оптеретити њихов буџет), јер грађани са мањом економском снагом неће моћи да себи приуште нова возила, већ ће у своја постојећа возила уграђивати мотор на плински погон.

54 Закон о порезу на употребу, држање и ношење добара, Службени гласник РС, бр. 26/01, 80/02, 43/04, 132/04, 112/05, 114/06, 118/07 и 114/08 и 31/09. Лице које је у току године стекло право својине на регистрованом моторном возилу, код чије регистрације је порез на употребу моторних возила плаћен у прописаном износу, није у обавези да због те промене плати прописани порез, осим ако се због тога мора извршити нова регистрација, продужење регистрације или замена регистарских таблица. Ibid, чл. 2.

55 Закон о порезу на употребу, држање и ношење добара, чл. 3.

56 Закон о порезу на употребу, држање и ношење добара, чл. 4.

57 Економска комисија за Европу, Комисија за програмску политику у области заштите животне средине, op.cit., 61.

Такође, изгледа да је одлука Владе Србије о забрани увоза старих половних аутомобила показала њену велику одлучност да санира проблем угрожавања животне средине и загађивања ваздуха, иако су управо ти старији аутомобили били уједно и једини доступни за велики број грађана. У Србији је нарочито значајно регулисати загађење које потиче од возила градског саобраћаја, с обзиром на то да имамо ситуацију да су возила која се користе у ту сврху понекад стара и више од двадесет година, па је самим тим и загађење ваздуха који они проузрокују врло забрињавајуће. За решавање овог проблема, инспиритиван је пример Бугарске, у којој се годишња накнада која се плаћа за аутобусе и трамваје, уколико они имају моторе који су “пријатељски расположени” према животној средини умањује до 50%, а сличан систем подстицаја примењује се и у Мађарској.⁵⁸ Када је у питању еколошко опорезивање горива, пореска диференцијација се базира на томе које материје гориво у себи садржи. У том смислу је занимљив пример Јапана, у коме се не плаћају накнаде за возила која користе тзв. биогорива, али су и смањене накнаде на возила која користе горива чија је штетност по животну средину умањена, тако не треба да нас чуди чињеница зашто су тзв. хибридна возила постала један од статусних симбола те земље и чија је популарност у свакодневном порасту.⁵⁹

4. Еколошке таксе

Крајем деведесетих година прошлог века употреба еколошких такси у Европи је почела да расте. У великом броју земаља које су увеле еколошке порезе на отпад, примењују се и посебне накнаде, тзв. “еколошке таксе” (*waste recycling fee*), које се плаћају за производе који се након употребе третирају као посебни токови отпада. Оне се врло често заједно примењују са економским инструментима у оквиру система депозита и рефундације.⁶⁰ Еколошке таксе се разликују од класичних државних такси по смислу алокације прихода, у томе што је њихова примарна функција фискална, а не еколошка. У складу са тенденцијама које постоје у земљама у окружењу, у Србији је од 01.04.2010. године започела примена Уредбе о висини производа који након употребе постају посебни токови отпада⁶¹, која подразумева плаћање такси за производе који ће после употребе постати отпад, какав је електрични и електронски отпад,

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ М. Schofield, Т. Theodosiou, op.cit., p. 20.

⁶⁰ Систем депозита и рефундације, подразумева да загађивач плаћа депозит за потенцијалну еколошку штету, која му се касније враћа у виду искоришћених производа ради ефикаснијег одлагања отпада, или рециклирање добара за неко алтернативно коришћење. Б. С. Миленовић, Еколошка економија, Теорија и примена, Факултет заштите на раду, Ниш, 2000., стр. 330.

⁶¹ Уредба о висини производа који након употребе постају посебни токови отпада, Службени гласник РС, бр. 89/09, 8/10 и 89/10.

акумулатори, батерије, отпадна уља и азбест, а планира се и увођење такси на половна возила и друге врсте отпада попут медицинског, са циљем да се тако прикупљена средства преусмере за заштиту животне средине. Међутим, увођење ових такси проузроковало је низ контроверзи и спорних питања због поскупљења производа које њихова примена са собом носи. Обвезници плаћања накнаде јесу произвођачи и увозници гума, односно возила чији су саставни део гуме, који стављају у употребу гуму као посебан производ, али и произвођачи и увозници производа који садрже азбест.⁶² У круг обвезника плаћања накнаде улазе и произвођачи, тј. увозници акумулатора и батерија, односно возила и уређаја чији су саставни део акумулатори и батерије и који стављају у употребу акумулаторе и батерије као посебан производ. Овако широким дефинисањем листе производа на које се плаћа еколошка такса, надлежни органи у Србији су показали спремност да опорезују исто онако широк круг производа који се третирају као посебни токови отпада после употребе, као што то чине и земље, које се сматрају лидерима у увођењу ових накнада и имају богато искуство у њиховој имплементацији.⁶³ Висина накнаде за произведене и увезене гуме⁶⁴ обрачунава се према количини и врсти возила, док се висина и начин обрачуна и плаћање накнада за управљање истрошеним батеријама и акумулаторима, утврђује на име покрића трошкова њиховог управљања.⁶⁵ У развијеним индустријским земљама, веома је изражен проблем прикупљања и одлагања електронског и електричног отпада. Иако постоје различити извештаји којима се указује да је удео електронског отпада мањи од 4% у укупној количини отпада, научници упозоравају да се количина овог отпада веома брзо повећава.⁶⁶ Када је реч о електричном отпаду, еколошка такса се плаћа на производе

62 Уредба о изменама и допунама Уредбе о висини производа који након употребе постају посебни токови отпада, чл. 1-4.

63 Тако се нпр. у Литванији плаћају таксе на широку лепезу производа, која поред батерија и акумулатора, обухвата и гуме, светлосне сијалице, лубриканте, уљане филтере, ОДС и опреме за једнократну употребу. Amandments to the National Tax Law, April, 2000, http://www.europa.eu/legislation.../lithuania/e10105_en.htm.

64 Накнада за произведене и увезене гуме износи 17.000 динара по тони, док за гуме који су саставни делови произведених и увезених возила, накнада износи 950 динара по гуми за камионе и аутобусе, 110 динара по гуми за аутомобиле, 20 динара по килограму за пољопривредне машине, итд. Уредба о изменама и допунама уредбе о висини производа који након употребе постају посебни токови отпада, чл. 5-8.

65 Накнада за стартере, индустријске батерије и акумулаторе износи 15 динара по килограму, а за преносне материје и акумулаторе 150 динара по килограму. Уредба о изменама и допунама уредбе о висини производа који након употребе постају посебни токови отпада, чл. 8а.

66 У 1998. години, од 20 милиона одложених компјутера, само је 2,3 милиона рециклирано што је било нешто мање од 10%. Electronic waste and e-Cycling, Solid waste in New England, <http://www.EPA.gov/ewastehtm>.

који у себи имају видео дисплеј, односно производе који у себи садрже неке отровне материје. Тако се нпр. у неким земљама еколошка такса која се плаћа на куповину телевизора, утврђује у зависности од величине екрана која се мери дијагонално, па се у зависности од тога примењују и одговарајуће прогресивне стопе.⁶⁷ Висина накнаде која се у Србији плаћа за управљање електричним и електронским апаратима зависи од класе разреда којој апарати припадају.⁶⁸ Првобитни износи еколошких такси су били предвиђени на вишем нивоу, али је услед великог противљења јавности, а нарочито представника привредних комора, Влада донела одлуку о њиховом снижавању, чиме је показала да има доста разумевања за потребе својих грађана, њихову куповну моћ и оптерећење кућног буџета. Такође, да би мотивисала произвођаче на рационално коришћење отпада, Фонд за заштиту животне средине одобрава подстицајна средства за поновну употребу отпада као секундарне сировине и његово искоришћавање за добијање енергије.⁶⁹ Увођење еколошких такси у Србији није наишло на добар пријем, али требало би да имамо у виду да у том смислу ни једна земља није изузетак, зато што су бројни проблеми везани за трошкове и администрацију у вези са њиховим увођењем били карактеристични за све земље које су ове таксе увеле. Приходи од еколошких такси нису занемарљиви и стално се повећавају, узимајући у обзир чињеницу да расте и број еколошких такси са истраживањима нових простора за њихову примену.

Закључак

На свом путу ка придруживању Европској Унији, Србија је у протеклих десет година ратификовала велики број међународних конвенција, али и усвојила велики број закона, којим настоји да покаже своју спремност у решавању еколошких проблема. Домаћи закони садрже решења по угледу на она која постоје у законодавствима развијених земаља. Еколошке накнаде које су уведене за заштиту воде, ваздуха, земљишта и осталих природних добара су обликоване по принципима који постоје у упоредном законодавству. Наравно, извесне модификације у њиховој структури су неопходне у циљу постизања већег степена ефикасности, али су, о основи, оне постављене на сасвим одговарајућем нивоу. Нажалост, еколошке накнаде се не примењују у Србији у оној мери и у оном интезитету који би генерисао уочљивије резултате у унапређењу заштите

⁶⁷ Electronic Waste Recycling Fee, State Board of Equalization, Publication 1995., LDA, Januray 2009. <http://www.boe.ca.gov/sptaxprog/ewaste.htm>.

⁶⁸ Прилог о висини накнаде за управљање електричним производима и апаратима, Службени гласник РС, бр.8/09. и 89/10., Висина накнаде за опрему обуваћену разредом 1 износи 30 динара по килограму, висина накнаде за опрему обухваћену разредом 2 износи 60 динара по килограму, за опрему под разредом 3 износи 90 динара по килограму, итд..

⁶⁹ Уредба о висини и условима за доделу подстицајних средстава, Службени гласник РС, бр. 44/09., чл.1-4.

животне средине.. Иако постоје сви законски услови за то, стање у области управљања отпадом и заштитом вода се није значајно поправило. Главни разлог томе је што се еколошке накнаде у тој сфери (као и у осталим областима очувања природних ресурса), не могу принудно наплаћивати. Управо би тај механизам принуде удахнуо овим накнадама “животворни импулс” потребан за постизање жељених еколошких циљева. Висина појединих накнада не делује превише стимулативно на одређене групе обвезника (превасходно оне са јачом економском снагом), да промене своје понашање, тако да би у том смислу било потребно њихово повећање до одређеног нивоа. Као и код свих пореза, и овде је неопходно уважавање начела да свако буде опорезован у складу са својом економском снагом

Резиме

У пореском систему Србије не постоје еколошки порези схваћени у ужем значењу те речи, као самостални фискални инструменти, али функцију еколошких пореза обављају еколошке накнаде, схваћене као порески инструменти у ширем смислу. Присутан је и тренд „озелењивања“ традиционалних пореских инструмената којима се на посредан начин, системом пореских подстицаја, доприноси заштити животне средине. Увођењем еколошких такси опорезовани су и посебни производи који се третирају након коришћења као нарочити токови отпада, чиме је готово у потпуности заокружена група производа који су потенцијално штетни по животну средину. Њихово увођење је од стране јавности у земљи било праћено бурним реакцијама. Главни узрок томе је опет била недовољна поученост грађана о њиховој нужности и значају. Кроз кохерентну сарадњу између државе и грађана, такве ситуације би се могле избећи, јер ниједан човек на свету не жели да неконтролисано задовољава садашње потребе на уштрб задовољења будућих потреба својих потомака. На основу тога можемо закључити да је потреба за заштитом животне средине много комплекснија него што се то на први поглед чини, јер није реч само о правно-техничкој примени еколошких пореза и накнада, већ о чињеници да свака генерација треба да пружи свој допринос у решавању оног дела еколошког проблема који је створила сопственим активностима, а не да га преноси будућим покољењима.

Marko Dimitrijević, LL.B.

Junior Assistant.

Faculty of Law, University of Niš

**THE NORMATIVE FRAMEWORK FOR REGULATING
ENVIRONMENTAL TAXES IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

The Serbian tax system does not include environmental taxes (perceived as independent fiscal instruments in a strict sense); however, the function of environmental taxes is performed by environmental charges (perceived as tax instruments in a broad sense). There is also a trend of “greening” the traditional tax instruments, which indirectly contributes to environmental protection through a system of tax incentives. The introduction of environmental taxes also implies the taxation of particular products which are (after being used) treated as specific waste ‘streams’; thus, taxation almost completely covers a group of products which are potentially harmful to the environment. The general public has been strongly opposed to environmental taxes; the primary reason is the insufficient awareness of the need for these taxes and their overall importance. Such situations could be avoided through a coherent cooperation between the state and the citizens; for, no reasonable person would wish to satisfy one’s present needs without control at the detriment of the needs of the future generations. Therefore, we may conclude that the need to protect the environment is far more complex than it seems; it is not just a matter of legal and technical implementation of environmental taxes and charges but also a matter of fact that each generation has to make its own contribution to solving the environmental problems created by the activities of that generation instead of passing these problems to the future generations.

Key words: *environment, environmental taxes, green tax reform, environmental awareness.*

ЕКСТЕРИТОРИЈАЛНА ПРИМЕНА ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Апстракт: Рад је посвећен територијалној примени Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У доктрини, као и пракси Европског суда за људска права, досад су установљена два модела екстериторијалне примене Конвенције: територијални - када постоји контрола над територијом друге државе, и персонални - када постоји контрола над појединцима на територији друге државе. Упркос дугогодишњем постојању Суда, питање екстериторијалне примене се поставило у релативно малом броју случајева, који су, пак, довели до стварања бројних недоумица у погледу пружања јасно дефинисаних правила екстериторијалне примене. Нову забуну уноси случај Ал-Скеини одлучен јула ове године, код кога долази до комбиновања поменути два модела.

Кључне речи: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, територијална примена, екстериторијална примена, Европски суд за људска права.

1. УВОД

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода¹ (у даљем тексту „Конвенција“) закључена је 1950. године под окриљем Савета Европе и представља регионални инструмент заштите грађанских и политичких права.² Усвојена је са циљем стварања ефикасног система заштите гарантованих права, који се остварује подношењем представки Европском суду за људска права (у даљем тексту „Суд“). Попут осталих међународних уговора, Конвенција се, по правилу, примењује на територији држава уговорница, али сходно чл.1, она се може применити и изван територије држава чланица уколико оне врше

1 За текст Конвенције видети: Службени лист СЦГ, Међународни уговори, бр. 9/2003.

2 За више о Европској конвенцији о људским правима и основним слободама видети: Зоран Радивојевић: Европски систем заштите људских права, Људска права – упутство за употребу, Ниш, 2004, стр. 59-67.

јурисдикцију над неком другом територијом. С тим у вези, поставља се питање ширине и начина тумачења чл. 1 који регулише ово питање.

Чл. 1 Конвенције гласи: „Високе стране уговорнице *гарантују свим особама под својом јурисдикцијом* права и слободе утврђене у Делу 1 ове Конвенције“ (italic С.Ђ.). Израз „гарантује“ одабран је како би истакао обавезујући карактер Конвенције³, што је Суд и потврдио у случају Ирска против Уједињеног Краљевства.⁴ Израз „свим особама“ означава надлежност *ratione personae* и подразумева да заштиту Конвенције уживају сва лица - странци, лица без држављанства и лица без правне способности, а не само држављани односне државе.⁵

Најзначајније питање које се поставља у вези чл. 1 Конвенције је право значење израза „под својом јурисдикцијом“.⁶ Примена Конвенције на лица која су претрпела повреду права почињену од државе на сопственој територији, представља тзв. „редовну“, „класичну“ или „основну“ територијалну примену⁷, на чему је Суд инсистирао⁸. Но, овај израз подразумева и шире значење, те

3 Првобитна формулација „предузети да осигура“ замењена је изразом „гарантује“ како би се установио већи степен обавезности, Council of Europe, „Preparatory Work on Article 1 of the European Convention on Human Rights“, Documents, Vol.5, Doc. Cour (77) 9 (1950), p. 66

4 Ireland v United Kingdom, App. No 5310/71, Judgment 18.01.1978, para. 239

5 Pieter Van Dijk et al: Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима (превод), Сарајево, 2001, стр. 3

6 Израз „под својом јурисдикцијом“ разликује се од првобитне формулације „свакоме ко борави на њеној територији“ из Нацрта. Међувладин стручни комитет је, након разматрања Нацрта који је припремила Саветодавна Скупштина Савета Европе, одлучио да изврши измену израза „сва лица која бораве на територији Високе стране уговорнице“. Комитет је сматрао да је израз „борави“ могао да се тумачи сувише рестриктивно, јер је установљавао високи праг примене, те се преформулисао у израз „свим особама“. Термин „боравак“ замењен је изразом „у оквиру њихове јурисдикције“ који је у том тренутку такође стајао у чл. 2 Нацрта Пакта о грађанским и политичким правима. Након измене и коментара белгијског представника дат пред пленарном седницом Саветодавне Скупштине Савета Европе 25.8.1950, без даљих расправа или додатних појашњења, изгласао се постојећи текст Конвенције; према: Travaux Préparatoires, Collected Edition of the European Convention on Human Rights, Tom III, p. 260; Damira Kamchibekova: State responsibility for human rights violations, Buffalo Human Rights Law Review, vol. 13, 2007, p. 31

7 У одлуци о прихватљивости у случају Банковић и остали против Белгије и осталих од 12.12.2001. године, пара. 48 гласи: „Што се тиче „обичног значења“ релевантног појма у чл. 1 Конвенције, став Суда је да је са гледишта међународног јавног права јурисдикциона способност државе углавном територијална. Мада међународно право не искључује екстериторијалну примену надлежности државе, препоручене основе за такву надлежност...су по правилу одређене и ограничене сувереним територијалним правима осталих релевантних држава“.

8 Söring v. United Kingdom, App. No 14038/88, Judgment 07.07.1989, para. 86; Bankovic and Others v. Belgium and Others, App. No 52207/99, Decision 12.12.2001. paras. 61 and 67; Ilascu

обухвата ситуације када држава врши одређене акте ван суверене територије. Суд је по први пут у случају Банковић⁹ експлицитно истакао да је екстериторијалност уски изузетак, на чему је инсистирао и у случајевима који су уследили. При екстериторијалној примени Конвенције, питање места извршења аката држава или њених органа и службеника је од суштинског значаја. На тај начин долази до разграничења класичне, територијалне јурисдикције од екстериторијалне. Такође, за екстериторијалну примену битан је и квалитет извршених аката, односно квалификација степена контроле. Најзад, за ову примену треба размотрити објект контроле државе или/и њених службеника, јер може бити речи о контроли над територијом друге државе или над лицима.

2. МОДЕЛИ ЕКСТЕРИТОРИЈАЛНЕ ПРИМЕНЕ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

На основу праксе Суда, доктрина је формулисала два изузетка од класичне територијалне примене Конвенције. Екстериторијална примена Конвенције се изражава кроз један од два модела: 1. територијални модел екстериторијалности - када држава врши ефективну контролу над одређеним подручјем ван суверене територије, и 2. персонални модел екстериторијалности - када државни службеници врше контролу и власт над лицем или лицима ван суверене територије.¹⁰ Свакако, строга подела могућа је само у доктрини, док у судским пресудама недоследно мешање поменути два модела доводи до забуна и академског критиковања Суда.¹¹

2.1. Територијални модел екстериторијалне примене¹²

Код овог модела треба направити разлику између две ситуације: када се јурисдикција врши над страном територијом која припада другој држави уговорници, и када се јурисдикција врши над територијом неугворнице.

and Others v. Modova and Russia, App. No 48787/99, Judgment 08.7.2004. para. 312.

9 Bankovic and others v Belgium and others, App. No 52207/99, Decision 12.12.2001, para. 67.

10 Види: **Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act**, *Current Legal Problems*, Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 60; Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, p. 3, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.)

11 Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, p. 3-4, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.); Marko Milanovic: *From Compromise to Principle – Clarifying the Concept of State Jurisdiction on Human Rights Treaties*, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, 2008, p. 1; Sarah Miller: *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction - A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 4, 2010, p. 1226-1230.

12 **Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act**, *Current Legal Problems* Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 60-63; **Ralph Wilde: Triggering State Obligations Extraterritorially**

У првој ситуацији, када страна уговорница врши ефективну контролу над читавом, или делом територије друге уговорнице, Конвенција се примењује и на тој територији. Питање постојања ефективне контроле Суд је установљавао на основу објективне ситуације, не дајући притом дефиницију ефективне контроле и не наводећи експлицитно појам приписивости аката. Спровођење ефективне контроле може бити последица било „легалне или илегалне војне операције“¹³. У јуриспруденцији се испрва користио израз „војна окупација“, да би након случаја Банковић био замењен термином операција, доводећи до благог проширења тог појма. Суд се приликом утврђивања постојања ефективне контроле руководио фактичким, а не правним стањем. У том смислу се не прави разлика између легалне и илегалне војне операције, те је и њихово посебно терминолошко одређење непотребно. Битно је једино утврдити постојање одређеног степена контроле, без обзира на правну форму под којом се врши.

Са друге стране, уколико држава уговорница спроводи ефективну контролу над неуговорницом, води се рачуна о концепту правног простора.¹⁴ Првобитно се на основу праксе сматрало да је *espace juridique* апсолутан, те искључује могућност стварања јурисдикционе везе, и самим тим примене Конвенције. Међутим, овакво виђење изменило се последњом одлуком Суда од ове године¹⁵, где се истиче могућност примене Конвенције и ван европског правног простора, уколико су испуњени други услови.

2.2. Персонални модел екстериторијалне примене

У ситуацијама када страна уговорница, преко својих службеника, врши ефективну контролу над лицем или лицима која се налазе на територији друге државе, постоји обавеза примене Конвенције према персоналном моделу екстериторијалности. Суд је у досадашњој пракси идентификовао две ситуације које потпадају под овај изузетак: а) акте дипломатских и конзуларних представника; и б) спровођење аката власти над појединцем од стране државних службеника ван територије сопствене државе.¹⁶ Суд је у параграфу 73 Банковић одлуке навео да: „Суд примењује да други признати случајеви екстериторијалне примене јурисдикције од стране неке државе обухватају случајеве у вези са активностима њених дипломатских или конзуларних представника у страним државама и у превозним средствима регистрованим у тој држави или која носе

– the Spatial Test in Certain Human Rights Treaties, *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, p. 514-525

13 *Loizidou v. Turkey*, App. No 15318/89, Preliminary objections 23.3.1995. para. 62

14 Често су у употреби француски (*espace juridique*) и енглески (*legal space*) термин правног простора.

15 *Al-Skeini and others v United Kingdom*, App. No 55721/07, Judgment 07.07.2011.

16 *Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act*, *Current Legal Problems*, Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 64-67

њену заставу. У таквим ситуацијама, међународно право и уговори признају примену јурисдикције дате државе¹⁷. Исто тако, уколико се установи да државни службеници у одређеној ситуацији врше власт и поседују контролу над лицем, постојаће могућност установљења јурисдикције те државе у односу на поменута лица, као и њена обавеза примене Конвенције¹⁸ на дата лица.

3. ПРЕГЛЕД ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Ради разумевања еволуције у ставовима Суда поводом екстериторијалне примене Конвенције, биће дат хронолошки приказ најзначајних случајева из праксе овог органа. Суд се са проблематиком екстериторијалности први пут сусрео у међудржавним представкама Кипра против Турске, а закључци из ових одлука послужили су за покретање индивидуалне представке Лоизиду против Турске. Банковић и остали против Белгије и осталих карактеристичан је случај територијалног модела, иако је реч о одбаченој представи. Случајеви Очалан и Иса представљају примере персоналне јурисдикције, док је случај Ал-Скеини својерстан пример комбиновања оба модела.

3.1. Кипар против Турске

Приликом разматрања проблематике овог случаја,¹⁹ Суд није улазио у правну квалификацију постојања војне окупације, већ се задржао на питању фактичке контроле. На тај начин, пронађен је пут којим би се установила

17 Суд је узео у обзир случај који се тичао случаја *W.M. v Germany*, представка 17392/90, одлука Комисије донета 14.10.1992, као и случај *Stoké v. Germany*, App. No 11755/85, одлука Комисије донета 09.07.1987. Видети и случај *Medvedyev v France*, App. No 3394/03, пресуда донета 29.03.2010.

18 Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, p. 2, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.); John Cerone: *Jurisdiction and Power – the Intersection of Human Rights Law & the Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context*, *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, 2007, p. 427-430

19 У неколико случајева Кипра против Турске (представке бр. 6780/74, 6950/75, одлука о прихватљивости донета 26.5.1975, представка 8007/77, одлука о прихватљивости донета 10.7.1978, представка бр. 25781/94, пресуда донета 10.5.2001.), основно питање фактичке природе на које је требало одговорити тичало се установљења тзв. Турске Републике Северног Кипра (надаље у тексту „ТРСК“) након 1983. године, односно контроле коју је Турска имала над северним делом острва пре проглашења. Турска је била једина држава која је признала ТРСК, али је такође упутила на терен и своје војне контингенте као помоћ новоствореном ентитету. Турска је у првом покренутом случају истицала да евентуалне повреде људских права на коју се позивао Кипар би се једино могле приписати новоствореној држави, а не Турској. Како ТРСК није држава уговорница Конвенције, овај случај је, по мишењу Турске, требало одмах одбацити због ненадлежности *ratione loci*. Међутим, Велико веће Суда се, у трећем случају из 2001. године, упустило у разматрање свих околности случаја.

јурисдикција Турске на подручју Турске Републике Северног Кипра (ТРСК)²⁰, односно самопрокламованог ентитета на северном делу Кипра. Питања броја и положаја турских војника, као и разматрање степена утицаја Турске на акте локалне администрације, била су детаљно сагледавана и описивана. Закључак Суда на основу чињеничне ситуације био је да постоји ефективна контрола²¹ Турске над територијом северног Кипра, на основу чега је она била у обавези да примењује Конвенцију. Установљено је правило да свака држава мора примењивати одредбе Конвенције, не само на сопственој, сувереној територији, већ и на територијама где врши ефективну власт.

Argumentum a contrario, уколико држава уговорница не врши ефективну власт и контролу над делом своје суверене територије, може уз ратификациони инструмент на Конвенцију ставити и резерву која се тиче ограничења територијалне примене.²² Међутим, у случају изостанка такве резерве, држава

20 Бојана Јакшић: Екстратериторијална примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, прилог пројекту Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, 2005, стр. 249, доступан на: www.ius.bg.ac.rs/Naucni/prilozi/10%20Bojana%20Jaksic.pdf (приступ 30.10.2011.)

21 Поновљено касније у пара. 70 случаја Банковић: „...није било потребно да се установи да ли је Турска стварно имала детаљну контролу над политиком и активностима власти „Турске Републике Северни Кипар“. Било је очигледно из самог постојања великог броја војника на активној служби на северном Кипру, да је турска војска „стварно свеобухватно контролисала тај део острва“. Одређено је да је таква контрола, према релевантном тесту и околностима случаја, подразумевала одговорност Турске за политику и дела ТРСК. Суд је закључио да су тиме они на које је утицала та политика и та дела потпали под „јурисдикцију“ Турске за сврхе чл. 1“.

22 Интересантан пример је управо наша држава. На територији Косова не примењује се Европска конвенција. Република Србија не врши ефективну власт, те било какве индивидуалне представке се не могу упутити против РС, иако РС није положила резерву. Питање коме се обратити због кршења људских права, поставило се у случају Бехрами и Бехрами против Француске, представка бр. 71412/01. Одлуком од 31.5.2007. године, Суд је одбацио представку. Заузео је став да су спорне радње рашчишћавања минског поља биле у надлежности Организације уједињених нација преко УНМИК-а и КФОР-а, према Резолуцији Савета Безбедности 1244 из 1999. године. Према томе, индивидуална представка не може се упутити Француској - држави чији су војници били задужени за област одигравања инцидента погибије деце на минском пољу, односно нису извршили прописно обележавање или деминирање. Како се индивидуална представка не може поднети против неке међународне организације која није прихватила Европску конвенцију, случај је проглашен неприхватљивим. Више: Европски суд за људска права, Одабране пресуде 3, Савет Европе, 2008, стр. 318-365; Aurel Sari: Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati cases, Human Rights Law Review, 2008, p. 151-170; William Watson: Behrami v. France: Constructive Blue Helmets Protect KFOR Nations for Accountability, Tulane Journal of International and Comparative Law, 2007-2008; Stephanie Farrior: Introductory note to Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, International Legal Materials, Vol. 46, 2009; Bernhard Knoll: Rights Without Remedies: The European Court's Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo, Heidelberg Journal of International Law, Vol. 68, 2008; Marko

се неће сматрати одговорном за непримену Конвенције, јер Суд даје предност фактичкој над формалноправном ситуацијом.

3.2. Лоизиду против Турске

Установљени закључак о постојању ефективне контроле Турске над територијом северног дела Кипра, дали су повод за покретање овог случаја.²³ Суд је у параграфу 62 ове одлуке нашао да: „Државна одговорност постоји и у случају када она, као последица војне акције – било легалне или илегалне, врши ефективну контролу над територијом која се налази ван националне територије“. Дакле, питање легалности окупације се не поставља, већ се само води рачуна о томе да ли она фактички постоји. У случају позитивног одговора, држава се сматра обавезаном да примењује Конвенцију на основу постојања ефективне контроле: без обзира да ли се врши директно, преко њених оружаних снага, или индиректно, преко хијерархијски ниже локалне администрације.²⁴

Такође, Суд је нарочито истакао да се Конвенција мора тумачити и примењивати у складу са предметом и циљем²⁵, наглашавајући њену *ordre public*²⁶ природу, закључујући да се она не може примењивати у правном вакууму.²⁷ Како је из чињеничног стања било очигледно да Кипар не може бити одговоран за примену Конвенције јер не поседује контролу, стандард заштите лица који живе на територији северног дела острва био би мањи него раније. На тај начин, дошло би до стварања правног вакуума, односно територије где се не примењује Конвенција. Принцип ефективности налагао је Суду обавезу попуњавања овог вакуума, те је Турска, због свега поменутог, била одговорна за примену Конвенције. Претпоставка одговорности државе постоји за *све акте* који се спроводе на територији где врши ефективну контролу²⁸(*italic С.Ћ.*).

Milanovic, Tatjana Papic: As Bad As it Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009

23 Госпођи Лоизиду био је ускраћен приступ имовини која се налазила на северном делу Кипра, који су контролисале турске војне снаге помажући ентитету ТРСК. Иако је случај познатији због права на мирно уживање својине, он такође представља случај од изванредног значаја за развој концепта екстериторијалности.

24 Пара. 62

25 Сагласно чл. 31 и 32 Бечке конвенције о праву уговора између држава из 1969. године

26 Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act, *Current Legal Problems*, Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 70

27 Суд је своје ставове истакао у параграфима 43 и 49 мериторне одлуке од 18.12.1996. године

28 Проширење тзв. Лоизиду теста примене постоји у пара. 77 пресуде случаја Кипар против Турске из 2001. године, пара. 59 одлуке у случају Банковић и пара. 316 одлуке у случају Илашчу и остали против Молдавије и Русије (*Îaşcu and Others v Moldova and Russia*, App.

3.3. Банковић и остали против Белгије и осталих

Суд је поводом овог случаја²⁹ разматрао да ли екстериторијални акт³⁰ потпада под јурисдикцију тужених држава.³¹ Приликом анализирања питања значења израза „јурисдикција“, Суд се првенствено ослањао на значење овог израза у општем међународном јавном праву.³² Бројне критике указују да се у овом делу своје одлуке, Суд обазирао на доктринарна схватања, наводећи притом само мишљења из неколико општих уџбеника³³, и не обазирати се на

№ 48787/99, Judgment 8.7.2004), где је Суд нашао да одговорност државе у вези примене Конвенције постоји не само у односу на њене војнике или/и службенике, већ се проширује и на све акте локалне администрације, уколико она има ефективну контролу над подручјем: „...будући да Турска има „ефективну контролу“, њена одговорност не може бити ограничена на дела њених представника на терену, већ обухватају и дела локалних власти које опстају захваљујући подршци Турске. Сматра се дакле, да „јурисдикција“ Турске по чл. 1 обухвата обезбеђивање читавог низа битних права гарантованих Конвенцијом на територији северног Кипра“, видети: John Cerone, *op.cit.*, p. 431-435.

29 Банковић, Стојадиновић, Стоименовски, Јоксимовић и Суковић против Белгије, Чешке Републике, Данске, Француске, Немачке, Грчке, Мађарске, Исланда, Италије, Луксембурга, Холандије, Норвешке, Пољске, Португалије, Шпаније, Турске и Уједињеног Краљевства. Наиме, у ваздушном нападу НАТО снага 23. априла 1999. године погођена је зграда Радио Телевизије Србије што је резултирало погибијом 16-оро запослених и рањавањем још толико лица. Пред Међународним судом правде је покренут случај Легалности употребе силе, где је СР Југославија (касније Србија и Црна Гора) подигла тужбе против појединачно сваке од држава: Белгије, Италије, Канаде, Немачке, Португалије, САД, Уједињеног Краљевства, Холандије, Француске, Шпаније. Тужбе су поднете 29.04.1999, још за време ваздушних напада, док је одлука донета 15.12.2004. године. Поред случаја који је покренут пред МСП, крајем 2001. године се по овом питању одлучивало и пред Европским судом за људска права, пошто је шесторо рођака погинулих поднело представку против 17 НАТО држава уговорнице које су учествовале у бомбардовању СРЈ - државе неугворнице.

30 Према пара. 54 „веза између апликаната и држава респодента лежи у приписивом акту који је, без обзира где је одлука о његовом спровођењу донета, извршен или је произвео последице ван територија тих држава („екстериторијални акт“).

31 Руководећи се ставовима из ранијих случајева: Лоизиду, Кипар против Турске, Drozd and Janousek v France and Spain, Ap. No 12747/87, Judgment 26.6.1992.

32 Према: Marko Milanovic: *From Compromise to Principle – Clarifying the Concept of State Jurisdiction on Human Rights Treaties*, Human Rights Law Review, Vol. 8, 2008, p. 7-17; Sarah Miller, *op.cit.*, p. 1230-1233; Joanne Williams: *Al-Skeini - A flawed interpretation of Bankovic*, Wisconsin International Law Journal, Vol. 23, No 4, 2005, p. 691-693.

33 Erik Roxstrom, Mark Gibney, Terje Einarsen: *The NATO Bombing Case and its Limits of Western Human Rights Protection*, Boston University International Law Journal, Vol. 23:55, 2005, p. 67-68; Matthew Happold: *Bankovic v Belgium and the territorial scope of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Law Review, Vol. 3, 2003, p. 81-90.

ужи или другачији концепт јурисдикције у светлу инструмента о људским правима за који се сматра да има посебан карактер.³⁴

Суд у параграфу 71 истиче да: „...пракса Суда указује да је прихватање примене екстратериторијалне јурисдикције државе уговорнице изузетак: он је то чинио када тужена држава, путем ефективне контроле над територијом и грађанима на њој, као последица војне окупације или позива или прећутног или изричитог пристанка владе те територије, врши све или неке од елемената јавне власти које обично врши та влада“ (italic С.Ђ.). Да би дошло до екстратериторијалне јурисдикције неке државе, неопходно је испуњење два елемента³⁵: 1) вршење ефективне контроле над територијом, и 2) вршење неких или свих елемената јавне власти који се иначе у нормалним условима приписују влади те државе.³⁶

Међутим, Суд се, пре свега, оријентисао на аргумент *espace juridique*.³⁷ Супротно брижном очувању правног простора исказаним у претходно поменутом случају³⁸, Суд је представку прогласио неприхватљивом, јер се жртве нису, ни раније, нити у датом тренутку, налазиле на територијама држава уговорница. Прављењем разлике између случаја Лоизиду и Банковић, Суд је по први пут употребио аргумент правног простора за одбацивање представке. Бројне су критике оваквог става Суда, за који многи сматрају да поништава сам концепт људских права која су универзална.³⁹ Сматра се да је тиме Суд нашао изузетак на изузетак – како су сами модели екстратериторијалности изузеци, неприпадање *espace juridique* је ограничење на дозвољен изузетак територијалног модела.

34 За детаљнију анализу случаја Банковић, видети: Erik Roxstrom et al, op.cit, p. 67-69; Alexander Orakhelashvili: The Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, European Journal of International Law, 2003, p. 538-551; Michal Gondek: Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, Netherlands International Law Review, 2005, p. 360-367.

35 Означава се у литератури као „Банковић тест“

36 Поменути елементи се другачијим следом понављају у случају Ал-Скеини

37 Суд је поновио становиште из случаја Лоизиду да је од великог значаја да ли су грађани једног подручја уживали заштиту људских права и слобода прокламованих Конвенцијом пре него што је дошло до измене у спровођењу ефективне контроле; према: Christina Cerna: Current issues in extraterritoriality: How long is the long arm jurisdiction of international human rights bodies?, ILSA Journal of International and Comparative Law, 2004-2005, p. 467-470

38 У случају Лоизиду, Суд је снажно истакао аргумент да једном успостављени правни простор не сме унутар себе да има правни вакуум, односно подручје непримене Конвенције.

39 Постоји еластичнији приступ у другим системима заштите људских права, при чему се истиче да Комитет за људска права не би узимао у обзир овакав аргумент због схватања о универзалности људских права; према: Бојана Јакшић, op.cit, стр. 259; Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act, Current Legal Problems, Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 79; Erik Roxstrom et al, op.cit, p. 62-66, 69-72.

Истиче се да је оваквим закључком Суд погрешно протумачио сам предмет и сврху Конвенције.⁴⁰

Уколико државе уговорнице окупирају територију друге уговорнице, не сме се дозволити стварање вакуум простора унутар *espace juridique*, закључак је у случају Лоизиду.⁴¹ Међусобним окупацијама не долази до ослобођења од обавезе примене и поштовања људских права по Конвенцији. Уколико се користи тумачење *a contrario*, следило би да у случају окупације неуговорнице не долази до примене Конвенције. Међутим, Суд је истакао да не види како би одредбе из случаја Лоизиду и Кипар против Турске биле применљиве на чињенично стање овог случаја, што значи да треба правити разлику између копнене окупације и ваздушних напада.⁴² Овакво разликовање државне територије међутим, није својствено међународном јавном праву где се управо говори да државну територију као целину чине копнена територија, водени простор и ваздушни простор⁴³, те су и у том смислу биле упућене критике Суду.⁴⁴ Како у Банковић случају није било класичне окупације која подразумева копнене трупе, и како Суд није улазио у меритум, односно питање степена и врсте контроле, изостају јасни закључци поводом бројних питања. Пошто СРЈ није 1999. године била чланица Савета Европе ни уговорница Конвенције, случај је проглашен неприхватљивим. С обзиром да се Суд није упуштао у меритум, питање постојања ефективне контроле као територијалног модела екстериторијалности, или пак спровођења власти над лицима као персоналног модела екстериторијалности, није се јасно поставило.

40 Сматра се да је такође по принципу ефективности, који произилази из предмета и сврхе Конвенције, требало доћи до истог резултата као и у случају Лоизиду – односно до примене Конвенције. Паралела између ова два случаја дата је у пара. 80 одлуке у случају Банковић. Види: Alexander Oreshkovich, *op.cit.*, p. 547-551; Erik Roxstrom et al, *op.cit.*, p. 92-94, 104-107.

41 За поређење ова два случаја, видети: Aslan Gündüz: Creeping Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Bankovic case vs the Loizidou case, *Journal of International Affairs*, Vol.7, 2002, p. 10-13, 17-19.

42 Erik Roxstrom et al, *op.cit.*, p. 69-72.

43 Damira Kamchibekova, *op.cit.*, p. 89-90.

44 Свакако да је последица акта убијања, макар он био и оствариван из ваздушног дела државне територије, од снажног утицаја на једно од фундаменталних права људи – права на живот. Поставља се питање да ли би то представљао довољан степен власти над појединцима за установљење персоналног модела екстериторијалности, уколико се већ сматра да је за постојање територијалног модела неопходно присуство копнених трупа на територији друге државе. Како је реч о представци која је проглашена неприхватљивом, Суд није улазио у детаљно анализирање ових питања, већ их само споменуо. Из тих узгредних и недоречених ставова, доктрина је створила сопствене теорије и критике, према: Marko Milanovic: Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, p. 3, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.)

Суд је у параграфу 82 закључио да из свега реченог: „није убеђен у постојање јурисдикционе везе...“ која би била неопходна за установљење екстериторијалне јурисдикције тужених држава, и самим тим примене Конвенције. Суд прима к знању специфичност случаја Банковић – али да, иако изузетан, не потпада под дотада установљене изузетке од класичног територијалног концепта јурисдикције. Суд се слаже са подносиоцима представке о постојању екстериторијалног акта – али не оне врсте и квалитета која би, по дотадашњој пракси Суда, одговарала установљењу екстериторијалне јурисдикције тужених држава.

Критике⁴⁵ упућене датом образложењу Суда иду у неколико праваца: а) сматра се да је Суд погрешно посматрао појам јурисдикције, изједначавајући га са општим дефиницијама из међународног јавног права⁴⁶; б) сматра се да је Суд, тражећи аргументацију из сопствене праксе, вештачким издвајањем пасуса, створио специфичну конструкцију⁴⁷; в) Суд је на више места само кратко изјавио да сматра да је одређен пример из праксе неприменљив на конкретан случај, без улажења у разлоге. Често је Суд на овакав начин давао негативно дефинисане ставове и закључке, истичући оно што није, а не оно што јесте.⁴⁸

Ипак, у свим критикама се истиче и деликатна политичка позадина која је можда утицала на Суд да заузме овакве ставове. Узима се у обзир време доношења одлуке - децембра 2001. године, у жеку тзв. „рат против терора“, свега три месеца након напада на Светски трговински центар.⁴⁹ Сматра се да Суд, у таквим неизвесним околностима, није желео нити могао да донесе одлуку о јединственом, јасном и апстрактном тесту примене који би се тицао новог доба масовних иностраних војних операција, и није се упустио у проширење примене, већ ставио ограничење концептом правног простора. Сматра се да би можда било боље да је Суд, макар и између редова, наговестио своју резервисаност по одлучивању оваквог питања на јасан начин, него доношење одлуке са пуно недоречености.⁵⁰

3.4. Очалан против Турске

Спорно питање у овом случају⁵¹ тицало се јурисдикције Турске над Абдулах Очаланом, а самим тим и њеном обавезом поштовања његових права

45 Ibid, p. 3-4.

46 Alexander Orekashvili, op.cit, p. 539-542; Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act, Current Legal Problems, Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 58-59; Erik Roxstrom et al, op.cit, p. 59-62.

47 Alexander Orekashvili, op.cit, p. 542-546; Erik Roxstrom et al, op.cit, p. 77-88.

48 Erik Roxstrom et al, op.cit, p. 75-76.

49 Marko Milanovic: Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, p. 4, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.1.2011.)

50 Erik Roxstrom et al, op.cit, p. 132-133, 136.

51 Овај случај се односи на хапшење и притвор једног лица од стране турских службеника ван територије Турске. Наиме, вођа курдске политичке опозиционе партије, ухапшен је од

и слобода по Конвенцији. У параграфу 93 Суд је, након цитирања одредби из случаја Банковић, направио суштинско разликовање међу њима, наводећи да је над лицем у овом примеру била спроведена таква власт и контрола која се није могла доказати у претходном случају.⁵² Класичан концепт физичке силе који је присутан код сваког хапшења и притварања, представљао је довољан степен контроле за постојање персоналног модела екстериторијалности. Сличан став је поновљен у параграфима 90-92 одлуке Великог већа.⁵³ Ова одлука установљава правило да државе уговорнице морају поштовати Конвенцију приликом иностраних хапшења⁵⁴, јер је реч о персоналном моделу екстериторијалности.

3.5. Иса против Турске

Иса⁵⁵ представља први случај где се поставило питање домашаја Конвенције ван географског простора Европе⁵⁶, те је аргумент *espace juridique* и јурисдикције Турске над датим лицима поново био предмет разматрања Суда. Како се на чињенично стање није могао применити Лоизиду тест према територијалном моделу⁵⁷, поставила се дилема примене персоналног модела екстериторијалности према Очалан тесту, због јасних назнака физичког везивања, односно контроле и власти над лицима попут оног у класичном

стране турских службеника у авиону који је био регистрован у Турској, али који се налазио у међународној зони аеродрома у Најробију, у Кенији, након чега је принудно одведен у Турску где га је чекало суђење. Поред тога, постојао је спор у погледу чињеничног стања – да ли је присилно одвођење било са допуштењем кенијских власти, што не представља кршење суверености територијалне државе, или је пак Кенијац који је присилно превезао Очалан до авиона то радио без налога или пристанка кенијских власти.

52 Erik Roxstrom et al, *op.cit.*, p. 89-91, 99-100.

53 *Oçalan v Turkey*, App.No. 46221/99, Judgment 12.05.2005.

54 Cornelia Janik, Thomas Kleinlein, *op.cit.*, p. 477-479.

55 Током спровођења турских војних операција у суседном Ираку 1996. године, пронађено је шест осакаћених лешева курдских пастира који су живели у области Ирака близу границе са Турском. Становници околних села тврдили су да су турски војници на пашњацима опколили пастире, и након што су пребијени, неки од очевидаца успели су побећи. Када су после неколико дана пронађена тела, претпоставка је била да је то дело турских војника, те су се рођаци умрлих обратили Суду. Турска је инсистирала да је јасно означила координате дела територије Ирака над којим је вршила операције. Пошто су лешеве пронађени ван јасно дефинисане територије, а званичних записа о присуству турских војника на подручју где су пронађени лешеве није било, настао је спор у погледу јурисдикције.

56 Подсетимо, представка у случају Иса поднета је 1996. године, док је тек након 3 године, односно 1999. године, поднета представка у случају Очалан.

57 За дубљу анализу овог случаја, као и поређења аргументације са случајем Банковић, видети: Roxstrom, et al, *op.cit.*, p. 128-130; Dan Stigall et al: *Human Rights and Military Decisions – Counterinsurgency and Trends in the Law of International Armed Conflict*, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 30, 2008-09, p. 1374-1376.

хапшењу. Једини доказ у прилог персоналном моделу екстериторијалности била су сведочења очевидаца, који пак нису били у стању да јасно опишу турске војнике. Поред тога, сами очевици сматрају се необјективним сведоцима. Из ових разлога, није се могао задовољити високи стандард доказивања „ван сваке сумње“, због немогућности доказивања да ли је реч о жртвама турских или курдских војника. Због свега наведеног, донета је одлука о неприхватљивости случаја. Позитиван исход случаја је јасно дефинисање стандарда доказивања – контрола може постојати уколико се поднесу детаљни описи и независно сведочење, као и указивање на могућност примене одредаба Конвенције на различите операције на Блиском истоку, што се и обистинило јула ове године.

3.6. Ал-Скеини и остали против Уједињеног краљевства

Поводом овог случаја⁵⁸, пред Судом се поново поставило питање јурисдикције државе уговорнице за акте почињене на територији неугговорнице, која се и не налази у Европи. Требало је одредити да ли је на специфична чињенична стања применљивији територијални или персонални модел екстериторијалности.

У разматрању ових питања, интересантно је упоредити пресуде националних британских судова, који примењују закон о Европској конвенцији од 1998. године⁵⁹, са пресудом Европског суда и видети другачији след аргумената британског суда који је касније Европски суд оповргнуо.⁶⁰ Наиме, британски суд

58 Десет година након одлуке у случају Банковић, донета је дугооčekивана одлука у случају Ал-Скеини који се односи на војне операције које коалиционе снаге припадника војске Сједињених Америчких Држава и Уједињеног Краљевства спроводе у Ираку од марта 2003. године. Случај се тиче различитих околности смрти шест ирачких држављана током 2003. године: тројица су убијени од стране британских војника, смрт четврте жртве настала је као последица унакрсне ватре између непознатог нападача и британских војника, пети је након задобијених батина од стране британских војника приморан да уђе у реку у којој се удавио, док је шести претучен на смрт у британској војној бази. Шеста жртва звао се Баха Муса, а ваља истаћи да је национални британски суд нашао јурисдикцију Уједињеног Краљевства једино према његовим околностима смрти. За остале је британски суд сматрао да не постоји „јурисдикциона веза“ која би била окидач примене Конвенције.

59 Human Rights Act из 1998. године је закон Велике Британије, који гарантује сва права и слободе према Европској конвенцији и већине Протокола. Сматрало се да би на тај начин Велика Британија имала мањи број случајева пред Европским судом, према: Tarik Abdel-Monem: How Far do the Lawless Areas of Europe Extend? Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 14, No 2, 2005, p. 197-198.

60 Kerem Altıparmak: Human Rights Act: Extra-territorial Application, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 71, No 1, 2008, p. 28-32; Marko Milanovic: Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, p. 5-8, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.); Tobias Thienel: The ECHR in Iraq - notes and comments, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, p. 119-122; Ralph Wilde: Al-Skeini v Secretary of State for Defence, *The American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008, p. 629-634; Ralph Wilde: The applicability of human rights law

је, ослањајући се на дотадашњу праксу Европског суда, извео следеће закључке: 1) како је реч о Ираку, земљи ван *espace juridique*, не може се успоставити територијални модел екстериторијалности⁶¹; 2) уколико би се занемарио овај аргумент, опет не би дошло до успостављања територијалног модела због јаких побуњеничких акција које онемогућавају испуњење Лоизиду теста; 3) смрт шесте жртве потпада под јурисдикцију Уједињеног Краљевства из два разлога: а) персонални модел екстериторијалности по Очалан тесту је у потпуности применљив, јер је постојала физичка контрола једнака класичном хапшењу и притварању; б) затвор у коме је претучен на смрт је зграда на коју аналогно важе правила као и за амбасаду, а што произилази из случаја Хес против Уједињеног Краљевства⁶²; 4) персонални модел екстериторијалности код осталих жртава не може се успоставити. Као што је речено у предмету Банковић, сама чињеница постојања моћи убијања, није довољан разлог за успостављање јурисдикционе везе, односно довољно за успостављање контроле над лицима. Резултат је правно исти, без обзира на метод - убијање пројектилом или убијање конвенционалним оружјем у патроли Басром.⁶³

Суд је поновио да је, према општем међународном праву, јурисдикција по правилу територијална, а да се само у изузетним ситуацијама дозвољава екстериторијална примена Конвенције. Затим је Суд, позивајући се на параграф 71 случаја Банковић, извео закључак само на основу једног, а не оба елемента Банковић теста. Наиме, Суд у релевантном параграфу 135 није споменуо да држава која врши ефективну контролу путем окупације, позива или изричитог или прећутног пристанка територијалне државе, „врши све или неке елементе јавне власти које обично врши територијална влада“. Међутим, овај елемент није потпуно изостављен, већ се Суд на њега позива у каснијој анализи у пресуди, и чак врши његово комбиновање са другим закључцима до којих долази. У параграфу 136 Суд се позива на релевантне случајеве⁶⁴ из праксе, завршавајући

to the Coalition Provisional Authority (CPA) and foreign military presence in Iraq, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2004-2005, p. 492-495; Ralph Wilde: The extraterritorial application of the Human Rights Act, *Current Legal Problems*, Vol. 58, Issue 1, 2005, p. 73-78; Joanne Williams, *op.cit.*, p. 696, 700, 707, 709, 711-715, 723-728.

61 Ослањање на Банковић тест

62 *Hess v United Kingdom*, App. No 6231/73, Decision 28.05.1975. Појединим ауторима је поистовећивање затвора са амбасадом потпуно јасно и оправдано, док други не виде јасну аналогију. Видети: Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, p. 7, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.); Tobias Thienel: *The ECHR in Iraq - notes and comments*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, p. 127-128

63 Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, p. 4, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.)

64 *Issa, Oçalan para. 91, Medvedev para. 67, Al-Sadoon and Mufdhi v the United Kingdom*, App. No 61498/08, Judgment 02.03.2010, paras. 86-89.

речима да: „...не сматра да је јурисдикција у претходно поменути случајевима проистекла као последица постојања ефективне контроле над зградама, авионима или бродовима. Одлучујуће у овим случајевима је била употреба *физичке силе и власти* над конкретним појединцем“ (*italic* С.Ћ.). Тиме је јасно ставио до знања да поменути случајеви спадају под персонални модел екстериторијалности, који је наговештавао да ће применити и на случај Ал-Скеини.

Праг примене персоналног модела екстериторијалности високо је постављен Очалан тестом, који предвиђа *физичко притварање*⁶⁵ лица (везивање, хапшење, притвор). Но, овде Суд употребљава израз *физичка сила*. Остаје неразјашњено какав је однос између ова два термина.⁶⁶

Суд, међутим, наставља поново да анализира територијални модел екстериторијалности, где у параграфу 142 закључује да јурисдикција може постојати и ван *espace juridique*.⁶⁷ Анализирајући „вакуум“ у заштити права из Лоизидуа са ограничавајућим дејством правног простора из Банковића, Суд даје предност првом. Суд даје могућност установљења јурисдикције и над територијама ван *espace juridique*, чиме се поставља питање релевантности његовог коришћења у Банковићу. Суд се оправдава да се у досадашњој пракси није експлицитно навео апсолутни карактер правног простора, односно немогућност установљавања јурисдикција ван територија чланица Савета Европе. Свакако, ублажавање испрва апсолутно лимитирајућег „изузетка на изузетке“ представља охрабрујућу вест за заштиту људских права на глобалнијем нивоу, на супрот посматрању Конвенције у строго регионалном контексту, иако се поставља питање контрадикторности у пракси Суда.

Како је главна препрека за примену територијалног модела екстериторијалности отклоњена, претпоставка је да ће Суд применити овај модел.⁶⁸ Међутим, Суд се уопште не упушта у разматрање питања постојања и степена ефективне контроле. Дакле, први елемент Банковић теста се није анализирао, већ претпоставио. Да се поставило питање интензитета ефективне контроле, можда би се дошло до другачијег закључка због постојања јаких побуњеничких акција отпора.

65 Енглески термин који се употребљава је *physical custody*.

66 На енглеском: *physical control and authority/physical power*. До неразумевања разлике између ова два појма долази из два разлога: а) Суд је по први пут употребио термин физичке силе у последњем случају, Ал-Скеини, б) непојашњавања односа између њих од стране самог Суда, јер компарација са претходним случајевима не доводи до појашњења.

67 „Ово је најближе што се икада стигло у оповргавању аргумената из случаја Банковић. Ипак, увидеће се на даље у пресуди да је ово оповргавање само привидно, односно делимично“, став је у: Marko Milanovic: *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, p.10, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.)

68 *Ibid*, p. 9- 15.

Са друге стране, други елемент, о вршењу неких или свих елемената јавне власти⁶⁹, такође је подвргнут благој анализи и краткој квалификацији о очигледности ситуације. Стога Суд, одмах након ових тврдњи, у параграфу 149 указује да се: „...У овим изузетним ситуацијама, Суд сматра да је Уједињено Краљевство, преко својих војника укључених у војне операције у Басри у критичном временском периоду, вршила контролу и власт над лицима убијеним у току извођења поменутих операција, те се установила јурисдикциона веза између преминулих и Уједињеног Краљевства у сврху чл. 1 Конвенције“ (*italic С.Ћ.*). Као што видимо, Суд се поново вратио на персонални модел екстериторијалности.

Међутим, једна од 6 смрти, настала је као резултат унакрсне ватре на улицама Басре, а не као резултат кршења права лица која су се налазила у неком степену физичке власти. У параграфу 150 Суд истиче да, пошто је Уједињено Краљевство вршило јавну власт у Ираку, а смрт настала као последица спровођења безбедоносне операције од стране оних који су вршили јавну власт, долази до стварања јурисдикционе везе, као и примене Конвенције. Ова специфична, посредна конструкција обухватила је све настрадале, те је по питању свих жртава успостављена јурисдикциона веза између њих и Уједињеног Краљевства.

Примена персоналног модела екстериторијалности преко једног испуњеног елемента територијалног модела, ствара забуну о тесту примене, док се истовремено Суд труди да створи слику о доследној примени права и постојећих модела. Суд је покушао да различита правила екстериторијалне примене подведе и повеже у јединствену целину.⁷⁰ Он такође заузима став да не постоје контрадикторности у пракси, јер се у претходним одлукама није тврдила немогућност супротног од правила која су дотад дефинисана - пре свега правног простора. Пошто се није тврдила немогућност супротног, одлука овог случаја је проширила дате моделе и чак омогућила њихову комбинацију. Ал-Скеини није изнео закључке супротне Банковић случају, већ их само обишао и евентуално проширио, имплициран је закључак на који Суд жели да нас наведе.⁷¹

69 Пара. 143-148

70 Видети закључак чланка: Marko Milanovic: Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, p. 8, 21-22, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.); Tarik Abdel-Monem, *op.cit.*, p. 192-197.

71 Marko Milanovic: Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, p. 8-9, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917395 (приступ 30.10.2011.)

4. ЗАКЉУЧАК

Чл. 1 Европске конвенције пружа могућност тројакe територијалне примене Конвенције: класичне територијалне примене, као и две врсте екстериторијалне примене – територијални и персонални модел.

У случају територијалног модела екстериторијалне примене неопходно је постојање ефективне контроле над делом територије друге државе. Уколико је реч о другој држави уговорници, да би дошло до примене Конвенције, довољно је постојање ефективне контроле. Наиме, по принципу ефективности који произилази из предмета и циља Конвенције, створена је претпоставка о немогућности стварања правног вакуума у оквиру европског правног простора, чак ни у случају измене активног субјекта ефективне контроле.

Ефективна контрола се посматра са *de facto* становишта: ирелевантно је да ли је реч о војној окупацији или вршењу ефективне контроле на основу позива или прећутног или изричитог пристанка територијалне државе. *Iustus titulus*, односно питање легалности или илегалности војне окупације је такође ирелевантно, те се врши терминолошка замена „окупације“ у „операције“. У случају утврђивања постојања ефективне контроле, држава која је врши биће одговорна за све акте кршења Конвенције на датој територији. Стандард доказивања ефективне контроле је „ван сваке сумње“, што се остварује детаљним описима и независним сведочењима.

Када је реч о вршењу ефективне контроле над територијом државе која није уговорница Конвенције, односно не налази се у европском правном простору, тест примене је нешто другачији. Наиме, води се рачуна о *espace juridique*, који, међутим, није апсолутног карактера. Да би постојала јурисдикциона веза неопходно је испуњење два елемента: 1) постојање ефективне контроле над територијом; 2) вршење неких или свих елемената јавне власти које би уобичајено требало да врши територијална влада.

Према персоналном моделу екстериторијалности, захтева се постојање ефективне контроле и власти над лицима. Изрази који су у употреби су физичка контрола и власт и физичка моћ. Није јасно да ли касније употребљен термин, физичка моћ, представља ублаженији облик физичке контроле и власти, или је реч о синонимима. Последњи случај из ове проблематике даје нам својеврстан пример комбинације ова два модела.

Приликом установљавања могућности екстериторијалне примене Конвенције, Суд се превасходно ослањао на пресек фактичког стања и доносио одлуке водећи рачуна о околностима сваког случаја. Управо је овакав метод рада Суда, од случаја до случаја, делом довео до некохерентности у пракси.

Из свега реченог, види се да је Суд са сваким новим случајем откривао по један дубљи слој у комплексном питању екстериторијалне примене Конвенције. Иако је Суд, у засад последњем случају, покушао да сва раније установљена

правила повеже и подведе под јасну и кохерентну целину, изгледа да су сва наведена правила и тестови примене само делови једног мозаика чији се обриси засад наслућују, али не може се тврдити да се види кристално јасна слика. Претпоставка је да ће се ово питање још постављати и појашњавати у будућности, због све већег броја различитих војних, безбедоносних или мировних операција широм света.

Sanja Đorđević, LL.B.

Junior Assistant

Faculty of Law, University of Niš

***Exterritorial Application of the European Convention for
the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms***

Summary

In this paper, the author discusses the territorial application of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The legal doctrine and the jurisprudence of the European Court of Human Rights have established two models of extraterritorial application of this Convention: the territorial model (which applies when there is a control over the territory of another state) and the personal model (which applies when there is control over the individuals on the territory of another state). Yet, in spite of the long-standing jurisprudence of this Court, the issue of the extraterritorial application has been raised in a relatively small number of cases, which have still given rise to numerous dilemmas in respect of providing clearly defined rules for the extraterritorial application of this Convention. The latest Al-Skeini case, which was decided in July 2011, has brought about additional confusion as it involves the combination of these two aforementioned models.

Key words: *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, territorial application, extraterritorial application, European Court of Human Rights.*

НОВИНЕ У СУДСКОЈ ЗАШТИТИ ДРЖАВИНЕ ПО НАЦРТУ ЗАКОНИКА О ПРАВУ СВОЈИНЕ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Аутор се бави анализом решења у судској заштити државине, предложених у Нацрту Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије. У раду се указује на новине у односу на важећа правила. Нацрт обједињује материјалноправна и процесноправна правила за судску заштиту државине. Такође се детаљније приступа регулисању државинске заштите у односу на решења Закона о основама својинскоправних односа. Предложена су и правила за заштиту државине у односу посредног и непосредног држаоца и међусобним односима суддржалаца. Аутор истиче и извесне недостатке предложених решења, посебно када се ради о могућности да се у поступку за заштиту државине расправља о правним питањима.

Кључне речи: Нацрт, државина, заштита државине, судска заштита државине.

Уводна разматрања

Особеност државине (*possessio*), као фактичке власти на ствари, да постоји независно од субјективног права, чак и насупрот субјективном праву, даје јој посебно место у свету стварноправних института. Право за њу везује бројне правне последице, независно од тога да ли се појављује као садржина стварног субјективног права (право на државину), или само као чињеница фактичке власти на ствари, без подлоге у праву.

Најзначајнија правна последица државине јесте њена судска заштита. Судска заштита државине утемељена је у римском праву.¹ Првобитно се поступак државинске заштите одвијао пред претором. Државинска заштита се могла остварити помоћу посебне врсте правних средстава, интердиката,

¹ В., И. Пухан, Римско право, Београд, 1969, стр. 228-232.

који су касније названи тужбама, због сличности овог поступка са поступком по тужбама.² То су били *interdicta retinendae possessionis* - интердикти због узнемиравања државине и *interdicta recuperandae possessionis* - интердикти због одузимања државине³. Интердиктом се, као што и сам назив каже (лат. *interdictum* – забранити), забрањивало сметање туђе мирне државине на ствари, без обзира на правом оправдане претензије неког трећег лица.

У савременом праву, државина се штити у посебном поступку пред надлежним судом. Међутим, суштинске карактеристике државинске заштите остале су неизмењене. То су: краткоћа и хитност поступка, провизорност заштите и, најважније, да се у поступку заштите државине не расправља о праву, већ само о двама чињеницама: последњем стању државине и насталом сметању. Најважнија карактеристика државинске заштите – заштита факта независно од права, учинила је државину појмом око кога су се, кроз векове, водиле бројне расправе међу правним теоретичарима.⁴

Друштвену заштиту државине опредељује и обликује сам појам државине, односно концепција државине⁵ прихваћена у одређеном правном систему. По субјективној концепцији, појам државине обухвата два конститутивна елемента: фактичку власт на ствари (*corpus possessionis*) и вољу да се ствар држи као своја (*animus domini*). Држалац је, према томе, лице које се према ствари понаша као власник. Ко нема вољу да ствар држи као своју сматра се притежаоцем и не ужива право на заштиту државине. По објективном схватању државине, за постојање државине потребна је само фактичка власт на ствари и обична воља да се та власт врши у сопственом интересу. У објективној концепцији је шири круг лица која се сматрају држаоцима.

У праву Републике Србије прихваћено је објективно схватање државине. Судска заштита уређена је одредбама Закона о основама својинскоправних односа из 1980. г. (ЗОСПО)⁶ и Закона о парничном поступку из 2009. г. (ЗПП)⁷. Хрватско и црногорско право такође усвајају објективну концепцију државине. У Републици Хрватској је судска заштита државине уређена одредбама Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. г. (ЗВСП)⁸, а у Републици Црној Гори одредбе о државинској заштити су садржане у Закону о својинскоправним односима из 2009. г. (ЗСП)⁹.

2 В., Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *Стварно право*, III издање, Ниш, 2009, стр. 47.

3 В., О. Станојевић, *Римско право*, Београд, 2007, стр. 268, 269.

4 В., N. Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, стр. 1-4. и стр. 104-105.

5 В., А. Гамс, *Основи стварног права*, VII допуњено издање, Београд, 1974, стр. 232-235.

6 „Сл. гл. РС“ бр. 115/2005

7 „Сл. гл. РС“ бр. 11/2009

8 „Народне новине РХ“ бр. 91/96

9 „Службени лист Црне Горе“ бр. 19/2009.

Предмет овог рада јесу новине у систему судске заштите државине¹⁰ предвиђене Нацртом Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије¹¹, у компаративној анализи са важећим правилима о судској заштити државине у српском праву и решењима хрватског и црногорског права.

1. Заштита државине

Заштита државине је најважнија правна последица државине од сметања, као фактичке власти на ствари. Државина се штити од узнемиравања и одузимања (сметање државине). ЗОСПО регулише заштиту државине чл. 75 – 81. У чл. 75. законодавац предвиђа да сваки држалац ствари и права има право на заштиту од узнемиравања и одузимања државине.

У савременом праву заступљена су два начина заштите државине, судска заштита, као редован пут, и самопомоћ, као супсидијаран начин заштите државине.

Самопомоћ је вид заштите применом сопствене силе, који правни поредак допушта под одређеним условима. Тако, по ЗОСПО, чл. 76: „Држалац има право на самопомоћ против онога ко га неовлашћено узнемирава у државини или му ју је одузео, под условом да је опасност непосредна, да је самопомоћ нужна и да начин њеног вршења одговара приликама у којима постоји опасност.“ Хрватско право и црногорско право такође регулишу вршење права на самопомоћ.¹²

Редован пут заштите државине је путем државинских тужби (интердиката), у посебно уређеном поступку пред надлежним судом. У свим правним системима изграђиваним на темељима римског права, државина се штити путем двеју тужби, тужбе за заштиту од одузимања и тужбе за заштиту од узнемиравања. Суд, у поступку покренутом државинском тужбом утврђује да ли се ради о одузимању или узнемиравању и према утврђеном чињеничном стању налаже туженом одговарајуће радње, ради отклањања насталог сметања. И у правној

10 Опширније, В. В. Водинелић, Државина и притежање, Промене стварног права у Србији – могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи, Београд, 2004, стр. 49. и даље.

11 Нацрт Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије, Ка новом стварном праву Србије, Немачка организација за техничку сарадњу, Република Србија, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2007.

12 Хрватски законодавац нормира у чл. 27, ст. 1. да свако ко има право на заштиту државине има право да исту заштити својом силом ако је то нужно због тога што је опасност непосредна, а судска би помоћ била неблаговремена, под условом да у одбрани државине не прекорачи границе допуштене самопомоћи. Црногорски ЗСП регулише самопомоћ у чл. 403, одредбом готово идентичном одредби чл. 76 ЗОСПО.

теорији и у судској пракси преовладава схватање да то разграничење није од суштинске важности за пружање судске заштите од сметања државине.¹³

Главна одлика судског поступка за заштиту државине од сметања је да се државина штити независно од права. Искључено је расправљање о правним питањима - о праву на државину или правном основу државине, чак и о квалитетима државине као што је нпр. законитост или савесност државине. Циљ државинске заштите није да се утврди ко има право на државину, већ успостављање пређашњег стања државине, нарушеног сметањем. У својој провизорности, овај поступак треба да буде брана самовлашћу, док се не реши ко у конкретном случају има право на државину.

ЗОСПО у чл. 78 прописује да суд пружа заштиту према последњем стању државине и насталом сметању, независно од права на државину, правног основа државине и савесности држаоца. На исти начин судску заштиту државине уређује Закон о својинско-правним односима. Сличну одредбу о заштити државине садржи и ЗПП, који јој посвећује седам чланова (чл. 446 – 452).

Нацрт предвиђа да одлуком о захтеву за заштиту од сметања државине суд утврђује чин сметања, наређује успостављање пређашњег стања, односно враћање одузете државине, забрањује понављање таквог или сличног сметања, под претњом новчане казне, и одређује друге мере потребне за заштиту државине (чл. 79 ст. 4.).

Закон о власништву и другим стварним правима у чл. 20. ст. 1. забрањује самовласно сметање државине и предвиђа да нико нема право да смета туђу државину, без обзира на то какви су њени квалитети, чак и када сматра да има јаче право на државину. Одредбом чл. 21. предвиђено је да држалац остварује заштиту државине од сметања у посебном судском поступку или путем самопомоћи. У чл. 22. ст. 2. законодавац нормира да суд пружа заштиту у посебном, хитном поступку, према последњем стању државине и насталом сметању, независно од права на државину и савесности држаоца и без обзира на то да ли је и у којој мери сметање у неком друштвеном, јавном или другом сличном интересу. У ст. 3. истог члана предвиђено је да је истицање права на државину допуштено једино у вези са приговором да сметање није било самовласно.

2. Судска заштита државине по Нацрту Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије

У изради Нацрта Законика о својини и другим стварним правима пошло се од објективног схватања у одређивању појма државине и притежања. По чл. 38. Нацрта, држалац је лице које има или може имати државину ствари,

13 В., Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1983, стр.36., О. Станковић – М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1999, стр. 48., Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *op. cit.*, стр. 49.

поступајући као њен власник, ималац ког другог овлашћења или ималац обавезе. Појам државине одређен је преопширно, једном, чини нам се, гломазном одредбом. У погледу судске заштите, Нацрт обједињује материјалноправна и процесноправна правила.

а) Сметање државине

Нацрт у чл. 69 предвиђа да се државина и притежање штите од одузимања и узнемиравања (ст. 1.), да се државина штити путем самопомоћи и судском заштитом, а притежање путем самопомоћи (ст. 2.). Одузимање је онемогућавање држаоца у вршењу фактичке власти на ствари у виду одузимања, заузимања ствари, спречавања приступа ствари или као други начин потпуног укидања фактичке власти држаоца (чл. 70, ст. 1). Под узнемиравањем се подразумева онемогућавање дотадашњег начина вршења фактичке власти или сужавање обима фактичке власти на ствари постављањем савладивих препрека, отежавањем приступа, истицањем права у погледу ствари ... (чл. 70, ст. 2). За разлику од Нацрта, ЗОСПО не дефинише посебно одузимање, а посебно узнемиравање државине, већ предвиђа само да се сметање државине може састојати у одузимању и узнемиравању.¹⁴

Закон о основама својинскоправних односа не предвиђа изричито противправност радњи сметања као услов за пружање судске заштите државине, док га Нацрт експлицитно поставља у чл. 70. ст. 3 : “Нема сметања државине... ако је радња сметања извршена на основу закона, одлуке органа или организације која врши јавна овлашћења, или пристанка држаоца или притежаоца. “

Активну легитимацију за подизање тужбе због сметања државине има држалац ствари као и универзални сукцесор држаоца, ако је сметање извршено за живота оставиоца. Пасивно легитимисана лица су: лице које непосредно врши или је извршило чин сметања, лице у чију се корист сметање врши, као и следбеници ових лица, који су знали или могли знати за сметање државине.

За разлику од ЗОСПО-а, који није посветио ниједну одредбу садржини тужбе због сметања државине, Нацрт предлаже детаљна правила. Тако се чл. 79 предвиђа да тужба због сметања државине мора садржати захтев за утврђење чина сметања. Кондемнаторни захтев може, зависно од околности конкретног случаја, да буде управљен на забрану одузимања или узнемиравања које је у току или се са сигурношћу може очекивати, или се може захтевати да суд нареди враћање одузете ствари, у случају одузимања, односно успостављање дотадашњег обима или начина вршења фактичке власти на ствари, када се ради о узнемиравању. Тужбом се може захтевати и забрана понављања истоветног или сличног сметања. Како је захтев за утврђење пређутно садржан у кондемнаторном захтеву, питање је како ће судови поступати у ситуацијама

¹⁴ Чл. 75. ЗОСПО

када тужилац пропусти да посебно истакне захтев за утврђење чина сметања, а у тужби је дат детаљан опис чина сметања и постављен кондемпнаторни захтев.

б) Приговори у државинском поступку

У складу са основним правилом, да се у поступку за заштиту државине не расправља о праву на државину нити о квалитету државине, већ само о чињеницама последњег стања државине и насталог сметања, Нацрт, у чл. 82. ст. 2. предвиђа да у поступку у парницама за заштиту државине суд пружа заштиту према последњем стању државине и насталом сметању, при чему нису од утицаја право на државину нити квалитети државине какви су савесност, исправност или законитост државине. Корекција овог правила се врши правом на истицање одређених приговора.

Закон о основама својинскоправних односа не садржи посебну одредбу о приговорима у поступку за заштиту државине. Хрватски законодавац тек посредно говори о приговору манљиве државине (*exceptio vitiosae possessionis ab adversario*)¹⁵ и приговору да сметање није било самовласно,¹⁶ док црногорски ЗСП у чл. 405. ст. 2. садржи исту одредбу као и наш ЗОСПО у чл. 78. ст. 2, а која се односи на приговор манљиве државине. Нацртом су таксативно одређени приговори које тужени може истицати (чл. 82. ст. 2): *приговор дозвољене самопомоћи, приговор правне утемељености радње сметања, приговор јачег права на државину, приговор да тужилац нема наследничку државину и приговор да није прекорачено право у међусобном односу посредног и непосредног држаоца, односно међусобним односима суддржалаца.*

Приговор дозвољене самопомоћи. Тужени може приговор дозвољене самопомоћи истаћи када му је тужилац раније одузео ствар, па је он повратио у складу са правилима о вршењу самопомоћи, или је започео вршење самопомоћи, па био тужен због узнемиравања државине. Овај приговор је сличан приговору манљивости државине тужиоца из чл. 78. ст. 2. ЗОСПО: „И држалац који је државину стекао силом, потајно или злоупотребом поверења има право на заштиту, осим према лицу од кога је на такав начин дошао до државине, ако од насталог сметања нису протекли рокови из члана 77 овог закона.“ Манљива државина је, дакле, она која је прибављена силом, потајно или злоупотребом поверења. И манљиви држалац има право на заштиту државине. Уколико лице од кога је он на манљив начин државину стекао, исту поврати у роковима за вршење самопомоћи, манљиви држалац може против њега подићи државинску тужбу којом захтева повраћај ствари. Међутим, ако тужени истакне приговор манљивости државине тужиоца, суд ће одбити тужбени захтев као неоснован.

¹⁵ Чл. 21. ст.2. ЗВСП

¹⁶ Чл. 22. ст.3. ЗВСП

Иначе, Нацрт за манљиву државину користи израз „неисправна“ државина¹⁷. Неисправна државина се дефинише као државина која је прибављена силом, преваром, злоупотребом поверења, самовласним заузећем, самовласном променом поступања у односу на оно које је по молби одобрено, или на други неисправан начин (чл. 50. ст. 1.). Неисправна државина се не штити само у односу на лице од кога је на неисправан начин прибављена, ако то лице државину врати у року за вршење самопомоћи (чл. 71. ст. 1.). Овом одредбом се, посредно, оставља могућност за истицање и приговора неисправне државине тужиоца. Разлика у односу на приговор дозвољене самопомоћи је у томе што тужени на неисправан начин прибавља, односно враћа државину од тужиоца, али у роковима за вршење самопомоћи. Када се ради о истицању приговора права на самопомоћ, постоји другачија ситуација, с'обзиром да се самопомоћ може вршити под тачно одређеним условима.¹⁸

Приговор правне утемељености радње сметања. Овај приговор тужени може истаћи када је радњу „сметања“ вршио на основу закона, одлуке органа или организације која врши јавна овлашћења, или пристанка тужиоца. То значи да радња коју тужилац сматра радњом сметања државине, није противправна.

Приговор јачег права на државину. Тужени може истаћи и приговор да има јаче право на државину, односно на вршење радње због које је тужен, под условом да то право може да докаже до закључења првог рочишта за главну расправу. Ово је значајно одступање од правила да се у државинским споровима не расправља о праву на државину. Одступање је допуштено под условом да се расправљањем о правним питањима не одуговлачи поступак. Због тога је туженом остављен кратак рок за доказивање права на које се позива. Приговор јачег права на државину сличан је приговору утемељеном на правилу *petitio in rem ipsa*. И овај приговор подразумева позивање на право на државину, али се односи на једну одређену ситуацију: када се паралелно са посесорним води петиторни спор, па се петиторни оконча пре посесорног, а у корист туженог у посесорном спору, овај се може позвати на пресуду из петиторног спора којом се утврђује његово право на државину, и постићи одбијање тужбеног захтева.¹⁹ Приговор *petitio in rem ipsa* није регулисан законом. У судској пракси се није искристалисао став о томе до ког момента у развоју парнице у посесорном спору га тужени може успешно истаћи.

Приговор да тужилац нема наследничку државину. Наследничка државина је вид тзв. „спиритуализоване“ државине, без ефективне физичке власти на ствари. Наследник се сматра држаоцем од тренутка оставиоачеве смрти, и од тог тренутка има право на заштиту државине. Тужени у поступку

17 В., Л. Марковић, Грађанско право – Општи део и Стварно право, Београд, 1928, стр. 302.

18 В., Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *op. cit.*, стр. 45-47.

19 В., Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *op. cit.*, стр. 51.

покренутом државинском тужбом наследничког држаоца може истаћи приговор да тужилац нема наследничку државину на коју се позива.

Приговоре који се односе на заштиту непосредне и посредне државине и заштиту суддржавине анализираћемо посебно, с'обзиром да се у наставку рада бавимо заштитом државине у међусобном односу посредног и непосредног држаоца, и у међусобним односима суддржалаца.

3. Заштита посредне и непосредне државине и заштита суддржавине

Значајна новина у односу на важећа решења ЗОСПО јесу изричито постављена правила о решавању државинских спорова због сметања државине у односу између посредног и непосредног држаоца и међусобним односима суддржалаца.

Закон о основама својинскоправних односа не садржи посебну одредбу о заштити посредне и непосредне државине. У члану 75. овог закона стоји да је државинска заштита гарантована сваком држаоцу ствари и права. Ова одредба се може тумачити тако да се сматра да посредни и непосредни држалац уживају државинску заштиту, како у односу на трећа лица, тако и у међусобним односима. Међутим, могућност пружања државинске заштите посредном држаоцу од сметања непосредног држаоца није била шире прихваћена у правној теорији и судској пракси, и то питање, да ли посредни држалац има право на државинску заштиту у односу на непосредног држаоца, изазвало је бројне полемике²⁰. Већином се сматрало да посредни држалац не може посезати за државинским тужбама да би се одбранио од сметања државине потеклог од непосредног држаоца, јер би расправљање по таквом тужбеном захтеву изискивало улажење у правна питања²¹. На Саветовању грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда у Београду, 15. и 16. маја 1985. године, усвојен је следећи Закључак: „Посредни држалац ужива судску заштиту државине и у односу на непосредног држаоца и у односу на треће лице према последњем стању државине засноване правним послом са непосредним држаоцем, при чему није од утицаја пуноважност правног посла о заснивању државине као ни околност да је треће лице сметало посредну државину уз сагласност непосредног држаоца.”Тиме се не одступа од правила да се у поступку у парницама због сметања државине расправља само фактичко стање, јер је овде правни посао

20 В., М. Орлић, Заштита државине, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4, Београд, 1979, стр. 307-311., Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *op. cit.*, стр. 53.

21 В., Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 47.

у функцији доказивања постојања државине, њеног обима и садржине, а не у служби доказивања права.²²

Значајну новину у Нацрту представљају предложена правила за решавање државинских спорова због сметања државине у међусобним односима посредног и непосредног држаоца и у односима суддржалаца. Изричито је предвиђено да се државинска заштита остварује и када у међусобном односу посредног и непосредног држаоца дође до прекорачења права на државину (чл. 73. ст. 1.). Тиме се даје могућност да се расправља о праву на државину и тако ствара још један изузетак од правила да се у државинском поступку не расправља о праву. Нацртом се не предвиђа да ће правни посао служити као доказ о постојању државине, њеног обима и садржине. Тужени може у државинском поступку да истакне приговор да није прекорачио своје право, када постојање сметања зависи од прекорачења тог права.²³

Закон о власништву и другим стварним правима изричито нормира да посредни држалац неће моћи да подигне тужбу против непосредног држаоца због сметања посредне државине, ако би се у поступку покренутом том тужбом морало расправљати о правном односу посредног и непосредног држаоца.²⁴ Законодавац употребљава јасну формулацију: „Посредни посједник није овлаштен ставити захтјев у циљу заштите свога посреднога посједа од сметања које је починио непосредни посједник ако би за одлучивање о том захтјеву било нужно *расправљати о њиховом правном односу*.“ (чл. 23. ст. 1.). Уколико међу странкама није спорно постојање правног односа, нити његова садржина, или ако постоји писмена исправа из које се јасно може сагледати садржина тог правног односа, нема расправљања о праву и има места државинској заштити.²⁵ Ако је међу странкама спорно постојање или садржина правног односа, требало би посредног држаоца упутити да покрене поступак ради утврђења спорног питања. Једино, ако расправљање о том питању може да се оконча за кратко време у току трајања парнице у посесорном спору, могуће је одступити од правила да се у државинском поступку не расправља о праву.

Закон о својинско-правним односима предвиђа (чл. 407) да непосредни држалац ужива заштиту у односу на посредног држаоца. Посредни држалац може захтевати заштиту државине од сметања непосредног држаоца, које ће се сматрати да постоји онда када држалац прекорачи границе непосредне државине (чл. 408 ст.3). Могло би се закључити да се ту мисли на границе фактичке власти

22 Из образложења Закључка са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда у Београду, 15. и 16. маја 1985. године, В. М. Лазиф, Практикум за стварно право, Ниш 2003. г., стр. 42-43.

23 Чл. 82. ст. 2. тач. 3. Нацрта

24 Чл. 23. ст. 2. ЗВСП

25 В., N.Gavella et al., *Stvarno pravo, Svezak prvi*, Zagreb, 2007., стр. 251-253.

непосредног држаоца утврђене уговором (о закупу, послузи, плодуживању и сл.) закљученим са посредним држаоцем.

Имајући све ово у виду, сматрамо да би требало другачије уредити заштиту државине у међусобним односима посредног и непосредног држаоца. Наиме, одредбе о заштити државине у међусобним односима посредног и непосредног држаоца одступају од природе државинске заштите, правила да се државина, као фактичка власт на ствари штити независно од права и да се у посесорном поступку о праву не расправља. И ово ће правило трпети изузетке које живот доноси сваком правилу. Међутим, предложеним решењем Нацрта би се дошло до тога да се изузетак претвори у правило. У нашој правној теорији је било и другачијих предлога у погледу заштите државине у међусобним односима посредног и непосредног држаоца. Тако, професор М. Орлић предлаже сасвим прихватљиво решење: „Непосредни држалац има право на државинску заштиту и према посредном држаоцу. Посредни држалац има право на државинску заштиту према непосредном држаоцу кад овај очигледно прелази границе дотадашње употребе ствари.“²⁶

У погледу заштите судржавине наше важеће законодавство садржи правило да судржалац има право на државинску заштиту у односу на трећа лица, али и у међусобном односу са другим судржаоцем или судржаоцима ако један од њих „онемогућава другога у дотадашњем начину вршења фактичке власти на ствари која је у њиховој државини.“²⁷

У правној теорији наилазимо на различита схватања о могућности заштите државине у међусобним односима судржалаца. Судржалац има право на заштиту државине када му други судржалац одузме државину, потпуно онемогући његову фактичку власт на ствари која је објект судржавине. У погледу заштите судржаоца од узнемиравања које потиче од другог судржаоца, различита су гледишта. Тако се истиче да судржаоци немају право на тужбу због узнемиравања државине у међусобним односима јер би одлучивање о таквом тужбеном захтеву подразумевало расправљање о њиховом правном односу, а правило је да се у државинским споровима о праву не расправља.²⁸ С’ друге стране, истиче се да се у погледу разрешења ове дилеме треба позвати на поменуто становиште судске праксе о државинској заштити посредног у односу на непосредног држаоца, и аналогно поступати по државинској тужби једног судржаоца против другог због узнемиравања државине.²⁹ Осим тога, из одредбе члана 80. ЗОСПО може се претпоставити намера законодавца да

26 В., М. Орлић, *op.cit.*, стр. 311.

27 Чл. 80. ЗОСПО

28 В., Д. Стојановић, *op.cit.*, стр. 47.

29 В., Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазих, *op. cit.*, стр. 54.

допусти заштиту државине у међусобним односима суддржалаца чак и када се ради о узнемиравању државине. Такву претпоставку омогућава формулација „онемогућавање у дотадашњем начину вршења физичке власти на ствари”.

Нацрт предвиђа да сваки од суддржалаца има право на државинску заштиту у односу на трећа лица самостално и независно од других суддржалаца, као и да се одредбе о заштити посредне и непосредне државине аналогно примењују на заштиту суддржавине од противправног сметања трећих лица. Исто тако, предвиђа се да суддржаоци имају право на државинску заштиту и један у односу на другог, у случају прекорачења права у међусобном односу, било да се ради о одузимању, било о узнемиравању државине.³⁰

ЗВСП предвиђа да суддржалац има право на државинску заштиту у односу на друге суддржаоце само ако су га потпуно искључили из вршења фактичке власти на ствари или су битно ограничили дотадашњи начин вршења фактичке власти, али не и онда када би за одлучивање о тужбеном захтеву суддржаоца било потребно расправљати о правном односу на ком се заснива суддржавина.³¹

Као и код државинске заштите у међусобним односима посредног и непосредног држаоца, и овде је непоходно да буде искључен спор о праву, дакле да међу странкама није спорно постојање и садржина правног односа на ком се заснива суддржавина или да постоји одговарајућа исправа из које се може утврдити обим и садржина фактичке власти суддржалаца. Једино тада би било могуће пружање државинске заштите у међусобним односима суддржалаца. Изузетно, и ако расправљање о њиховом правном односу и прекорачењу права не би водило одуговлачењу државинског поступка.

4. Правила поступка за заштиту државине

У односу на постојећа решења ЗПП-а, Нацрт даје нова, прецизнија решења о предузимању појединих судских парничних радњи, која су у функцији хитног поступања у решавању државинских спорова. Док ЗПП не даје рок за предузимање прве парничне радње суда, нити рок у коме суд мора доставити странкама одлуку у државинском спору, Нацрт предвиђа да је суд дужан да предузме прву парничну радњу у року од 15 дана од дана пријема тужбе у суду. Одлуку о тужбеном захтеву суд је дужан да писмено изради и достави странкама у року од 8 дана од дана закључења расправе (чл. 2. ст. 1 Прилога бр. 1).

Значајна новина је и правило да суд може одложити рочиште за главну расправу само ако странке учине вероватним да сведоци које су позвале нису хтели да присуствују рочишту или уколико се чињенице на којима се заснива приговор туженог не могу утврдити доказним средствима којима суд на том рочишту располаже (чл. 5. ст. 5 Прилога бр. 1). Непоштовање овог правила,

³⁰ Чл. 73. Нацрта

³¹ Чл. 24. ЗВСП

као и правила да временски период између два рочишта за главну расправу не може бити дужи од 15 дана, сматраће се одуговлачењем поступка (чл. 5.ст. 7, Прилога бр. 1).

Друга новина у односу на решења ЗПП-а јесте правило о поступању суда у случају изостанка уредно позваног туженог са рочишта за главну расправу. По ЗПП-у, ако са рочишта за главну расправу изостане уредно позвани тужилац или тужени, расправа ће се одржати са присутном странком (чл. 296. ст. 1). Нацрт међутим, прецизира, да ће се, уколико са било ког рочишта за главну расправу изостане уредно позвани тужени или његов заступник, сматрати да је тужени признао све одлучне чињенице које су у његовом одсуству изнесене на рочишту са којег је изостао, под условом да то није у супротности са чињеницама утврђеним на претходном рочишту. Даље се предвиђа да ће суд донети одлуку на основу до тада утврђеног чињеничног стања и резултата тог рочишта (чл. 7. ст. 1. Прилога бр. 1). Дакле, суд ће, ако тужени, иако уредно позван, изостане са било ког рочишта за главну расправу, након одржаног рочишта у одсуству туженог, закључити главну расправу и потом донети одлуку. Овим правилом се свакако доприноси хитности поступања. Сматрамо да би било правичније оставити могућност да се допусти највише једно одлагање рочишта за главну расправу, уколико тужени оправда изостанак најдоцније у року од 24 часа или 48 сати, и да у том случају одлагање не може трајати дуже од 8 дана. Ако постоји опасност противправног оштећења или наступања насиља или ненадокнадиве штете, суд ће по службеној дужности одредити привремену меру.

У чл. 8 Прилога бр.1 Нацрта, постављено је и правило, такође новина у односу на решења ЗПП-а, да ће суд спор решити применом правила о терету доказивања, ако ни после три одржана рочишта за главну расправу суд не стекне уверење о истинитости чињеница од којих зависи одлука о сметању државине. Овим правилом треба допринети ефикаснијем решавању државинских спорова, али и стати на пут злоупотреби права на заштиту државине.

Сматрамо да одредби чл. 3. ст. 3 Прилога бр. 1 Нацрта нема оправдања и места у регулативи поступка за заштиту државине. Поменутом одредбом предвиђа се да тужилац може да првобитно стављеном захтеву за заштиту државине дода нови захтев за утврђење да право истакнуто приговором туженог не постоји. У државинским споровима се утврђују чињенице последњег стања државине и насталог сметања. О праву се не расправља, осим изузетно, под условом да се тиме не одуговлачи поступак. Решење у државинском спору има тачно одређену садржину и не може садржати утврђење да постоји или не постоји било које право.

Закључна разматрања

Нацрт Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије је заштити државине од сметања посветио петнаест чланова (чл.69-83),

за разлику од ЗОСПО-а, који садржи седам чланова (чл.75-81). То указује да се уређењу заштите државине приступило детаљније.

Нацрт дефинише радње сметања државине, одређује садржину државинских тужби и таксативно набраја приговоре којима се тужени у државинском поступку може служити у одбрани од тужбеног захтева. Његовим одредбама се, такође, обједињују материјалноправна и процесноправна правила за судску заштиту државине. Правила поступка, предложена у Прилогу бр.1 Нацрта свакако ће допринети ефикаснијем решавању државинских спорова. Иако су ова правила у функцији убрзања поступка за заштиту државине, мишљења смо да је њихово место ипак у процесним законима.

Нацрт је посветио и посебне одредбе заштити државине у међусобним односима посредног и непосредног држаоца и заштити државине у међусобним односима суддржалаца. О овим питањима су се водиле бројне расправе међу теоретичарима, а и судска пракса је креирала одређена правила. Нацрт, у чл. 73. предлаже правило по коме „непосредни и посредни држалац имају један према другом право на државинску заштиту у случају прекорачења права на државину у међусобном односу“, као и сходну примену тог правила на питање заштите државине у међусобним односима суддржалаца. Сматрамо да ће усвајање овог правила водити нарушавању саме суштине државинске заштите. То је, по нама, озбиљан недостатак Нацрта, када се говори о судској заштити државине. Редактори су, очекивано, пошли од тога, да је једини начин да се омогући државинска заштита у у односима посредног и непосредног држаоца и односима суддржалаца, да се допусти расправљање о правним питањима. Сматрамо да је нашем праву потребно решење којим је могуће задовољити оба „захтева“: да се остане при томе да нема расправљања о праву у државинским споровима, а да се ипак омогући заштита државине у међусобним односима посредног и непосредног држаоца и међусобним односима суддржалаца.

Правила ЗОСПО и ЗПП о заштити државине од сметања, показала су се функционалним у практичној примени, у великој мери захваљујући креативном доприносу судске праксе, због непостојања потпуне грађанскоправне регулативе у овој области. Правила Нацрта пружају одређену наду да ће постојећи недостаци бити превазиђени, у ближој или даљој будућности. Међутим, остављају и простор за бојазан да ће одређени проблеми судске заштите државине остати отворени. Овде посебно мислимо на могућност да се у државинском поступку расправља и о правним питањима. Нашем праву потребна је свеобухватна и детаљна регулатива института државине и посебно система судске заштите државине уз доследно остајање при основном правилу судског поступка за заштиту државине да се државина, као фактичка власт, штити независно од права.

Milica Tomić, LL.B.

Junior Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Novelties in the Judicial Protection of Possession under the Draft Code on Ownership Right and other Real Rights in the Republic of Serbia

Summary

The institute of possession (possessio), as an actual control over some property, has a special position among the real law institutes. Its distinctive feature is that it may exist and be exercised independent from (and even in contravention of) the subjective right. It is associated with numerous legal consequences, the most important of which is the judicial protection of possession. In the contemporary law, possession is protected in a special proceeding before a competent civil court. However, the essential characteristics of judicial protection of possession have remained unchanged; the judicial protection proceeding shall include: a short and expedient proceeding, incomplete and most importantly, instead of discussing the substantive law issues, the court examination shall cover the two factual issues: the last state of possession and the state of interference.

In this paper, the author explores the novelties in the system of judicial protection of possession as envisaged in the Serbian Draft Code on Ownership Right and other Real and compares them to the existing legal solutions. The Draft Code provides a detailed regulation of this issue by defining the actions interfering with possession, determining the content of legal claims concerning possession and specifying the counterclaims which may be raised by the defendant in response to the plaintiff's complaint in the proceeding involving possession. The Draft Code also contains the substantive and procedural rules for the judicial protection of possession. The author points to some drawbacks in the proposed solutions, particularly in respect of the possibility of discussing some substantive law issues in the course of the judicial proceeding for the protection of possession.

Key words: Draft Code, possession, protection of possession, judicial protection of possession.

ДЕЈСТВО НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM* У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ

Апстракт: У Европској унији све се више поклања пажња изградњи заједничких основних правних начела на којима почива кривични поступак, при чему, у њиховој изградњи, кључна улога припада Европском суду правде. У његовој пракси постепено се кристалишу елементи, опсег и дејство појединих инструмената, који олакшавају сарадњу органа кривичног гоњења на територији Уније, са циљем превенције криминалитета, који не познаје границе. Једно од тих начела је *ne bis in idem*, које постепено стиче *erga omnes* дејство. У раду је најпре обрађен појам, термин и опсег примене начела *ne bis in idem*. Након тога дат је скраћени приказ његовог историјског развоја. Централни део рада посвећен је правним инструментима Европске уније у којима је садржан овај важан принцип, са посебним освртом на праксу Европског суда правде. У завршном делу рада, аутор се бави анализом позитивноправне регулативе, дајући сугестије за будуће уређење овог начела у европском правном простору.

Кључне речи: *ne bis in idem*, забрана двоструке угрожености, Европска унија, шенгенски *acquis*.

1. О појму, термину и садржају начела *ne bis in idem*

Начело *ne bis in idem* (не два пута о истом) у суштини значи забрану поновног суђења истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак и забрану да се против једног лица једновремено воде два кривична поступка¹. У теорији се ово начело често назива и „забрана двоструке угрожености“ (енгл. *The prohibition of double jeopardy*), или начело непоновљивости кривичнопроцесних субјеката (странака²) у истој кривичној ствари³, као и начело забране поновног судјења⁴.

1 Др Војислав Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног поступка и заштита слобода и права човека, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд 2001., бр. 2-3, стр. 84.

2 Види, Др Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд 2006., стр. 132.

3 Види, Др Станко Бејатовић, Кривично процесно право, Београд 2008., стр. 126.

4 Др Иван Беле, Др Вид Јакулин, *Ne bis in idem*, Правни живот, Београд 2007., бр.9, стр. 181.

У међународним документима и у *common law* системима доминира назив „забрана двоструке угрожености“, док у националним правним актима (уставима и законима) најчешће се срећу називи „*ne bis in idem*“ и „забрана поновног суђења“. У немачком праву прави се разлика између *Erledigungsprinzipa* и *Anrechnungsprinzipa*. Први обухвата забрану поновног суђења и забрану двоструке литиспенденције, док други не представља забрану поновног суђења, већ прописује обавезно урачунавање казне изречене у претходно правноснажно окончаном поступку у казну изречену у поновном поступку. У међународним документима и уставима *ne bis in idem* има ранг основног људског права, док се у националним процесним прописима најчешће налази у делу који говори о основним начелима кривичног поступка. У теорији има схватања да између термина „забрана двоструке угрожености“ и „*ne (non) bis in idem*“ постоји разлика, иако су концепцијски слични. Према том схватању забрана двоструке угрожености важи само у оквиру националне јурисдикције, док за *ne bis in idem* није од значаја истоветност снаге кривичног гоњења⁵ (у смислу његовог ширег домаћаја, изван граница националне јурисдикције).

Постоје у теорији и шира, бипартитна, па и трипартитна одређења овог начела. Према бипартитном схватању, начело *ne bis in idem* подразумева да се поступак не може водити за исто кривично дело против лица коме је у истој држави већ суђено (интерни *ne bis in idem* принцип) као и да се у другој држави, или пред међународним судом поступак не може водити ако је лице већ осуђено или ослобођено („интернационални“ *ne bis in idem* принцип)⁶. Трипартитно одређење указује на његову троструку улогу, којим се спречава или рестриктивно регулише: конкурентна надлежност у хетерогеним јурисдикцијама, затим двоструко угрожавање пред разнородним органима исте државе, и понављање правноснажно окончаног поступка пред истородним казним органом исте државе и јурисдикције⁷.

Из појма овог начела произилазе две забране. Прва, која штити лице против кога је поступак правноснажно окончан од поновног покретања поступка против њега за исто кривично дело. Другачије речено, то значи да се исто лице не може два или више пута појавити у својству окривљеног или тужиоца у истој кривичној ствари, која је правноснажно пресуђена. Тиме се право државе на кажњавање- *ius puniendi* ограничава у циљу остварења постулата правичног суђења и владавине права. Са друге стране правна сигурност

5 D. Lopez “Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine if Used to Circumvent *Non bis in idem*” *Vanderbilt J Transnat’l L.* 1263 2000, 1272, navedeno prema: Reynaud Daniels, *Non bis in idem and Rome statute of the International Criminal Court*, *Be press legal series*, 2006., paper 1365, str. 2.

6 Др Милан Шкулић, Коментар Законика о кривичном поступку, Београд 2007., стр. 54.

7 Др Слободан Бељански, Правило *ne bis in idem* и понављање кривичног поступка, Бранич, Београд 2009., бр. 1, стр. 53.

штити се поштовањем својства пресуђене ствари- *res iudicata*, тј. поштовањем правноснажних пресуда.

Правноснажност судских одлука јавља се у два вида, као *формална* и *материјална* правноснажност. Формална (спољна, процесуална) правноснажност означава да се судска одлука не може више побијати редовним правним леком, или да редовни правни лек није допуштен по закону. Право побијања судске одлуке редовним правним леком престаје: кад су искоришћени сви редовни правни лекови, услед одрицања од права на жалбу, одустанка од жалбе, протекла рока у коме се може изјавити итд. Материјална правноснажност представља својство пресуђене ствари, тј. да пресуда ствара право у конкретном случају (*res iudicata ius facit*). То је тзв. *позитивна функција* материјалне правноснажности, док *негативна функција* спречава поновно суђење у истој кривичној ствари и изрицање нове, истоветне или другачије одлуке. Она се јавља као негативна процесна претпоставка (процесна сметња) за поновно вођење кривичног поступка, и тиме се једним делом поклапа са начелом *ne bis in idem*. Следи закључак да се ово начело и правноснажност судских одлука могу означити као „укрштени појмови“⁸.

Друга забрана која сачињава садржину појма начела *ne bis in idem*, спречава тзв. двоструку литиспенденцију. Забрањено је паралелно (истовремено) вођење два или више кривичних поступака против истог лица о истој кривичној ствари. С обзиром да обе наведене забране чине суштину овог начела, чини се да је адекватнији назив *забрана двоструке угрожености*, од назива „забрана понављања кривичног поступка“⁹.

На страни начела *ne bis in idem* налазе се постулати правне сигурности и правичности, који стоје насупрот принципу истине, што истовремено представља основни циљ кривичног поступка, тј. правилно и законито расветљење и решење кривичне ствари до највећег степена извесности о извршеном кривичном делу и учиниоцу. Установљавањем неограничене примене овог начела, било би онемогућено понављање поступка чак и онда када се по правноснажно окончаном поступку појаве нове чињенице и докази, који са великом извесношћу указују на извршено кривично дело и учиниоца. Са друге стране, неограничено понављање поступка потпуно би дерогирало интересе правне сигурности. Стога се у правним изворима предвиђају одступања од овог начела, пре свега увођењем ванредних правних лекова, и предвиђањем могућности понављања кривичног поступка у одређеним случајевима. Предност је, дакле, дата начелима утврђивања истине и законитости, над *ne bis in idem*. Услед постојања бројних

8 Др Тома Живановић, Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка), II Одељак, Београд 1941., стр. 62-66.

9 Др Војислав Ђурђић, Међународноправни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку, у: „Уставне и међународноправне гаранције људских права : зборник радова“, Ниш 2008., стр. 199.

изузетака од апсолутног важења, ово начело се, као уосталом и друга основна начела савременог кривичног поступка, одликује релативношћу.

2. Историјски осврт

Тражећи најдубље корене начела *ne bis in idem*, долазимо до римског права, које ту изреку приписује Гају, који је у својим *Institutiones* навео следећу мисао: „*bis in eadem re ne fit actio*“, која означава забрану за тужиоца да подигне тужбу за исту ствар¹⁰. У римском праву постојале су, заправо, две максиме: *nemo debet bis vexari pro una et idem causa* (против истог лица се не може покренути више од једног поступка) и *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (нико не сме бити два пута кажњен за исто дело).

Као што је речено ово начело директно произилази из својства правноснажности и *res iudicata*. Стога су за његов настанак од значаја максиме римских правника попут једног Орфицијановог *senatus consultum*, у коме се каже: „*quae iudicata...rata meneant*“ - пресуђени послови сматрају се правноснажним, или једна Улпијанова из Дигеста: „*res iudicata pro veritate habetur*“ - пресуђена ствар, сматра се истинитом.¹¹ Неки историчари права, пак тврде да *ne bis in idem* води порекло из правних извора античке Грчке, или из Јустинијанових Дигеста, па чак да се може наћи и у Библији¹². Старо правило које забрањује ново кривично гоњење и суђење за исто кривично дело, несумњиво је вредело у свим временима и свим законодавствима¹³. Установа *ne bis in idem* у грчком и римском праву имала је апсолутно дејство. Тек касније у праву римског царства уведена је могућност давања *реституције* окривљеном од стране Цара, уколико је против њега донета неправична осуђујућа пресуда. Установа *реституције* по правној природи нешто је између акта помиловања и правног лека, установљена је као законско субјективно право за осуђеног, и имала је карактер судске одлуке.¹⁴ У канонском праву задржана је ова установа, са изузетком могућности понављања поступка, али само у корист окривљеног.

За разлику од истражног и савременог типа кривичног поступка, у време постојања инквизиционог кривичног поступка (од 13. века до Француске буржоаске револуције 1789.године), у средњовековном италијанском праву,

10 Гај: Институције, Београд 1982., стр. 290-291

11 Види: Др Слободан Бељански, Правило *ne bis in idem* и понављање кривичног поступка, Бранич, Београд 2009., бр.1, стр.53

12 Види: Gerard Conway, *Ne bis in idem in International law, International criminal law review* 2003., бр.3, стр. 220.

13 Др Божидар Марковић, Поновно суђење, Дело, Београд 1902., стр. 47. Цитирано према: Др Момчило Грубач, Понављање кривичног поступка, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд 1990., вол. 28, бр. 3, стр 87.

14 *Ibid.*

начело *ne bis in idem* изгубило је значај услед постојања могућности понављања кривичног поступка на основу нових доказа за исто кривично дело, због постојања правноснажне кривичне пресуде којом се окривљени оставља под сумњом (*absolutio ab instantia*). Ипак, ово начело је примењивано у пуном обиму, у случају доношења кондемпнаторне пресуде, којом је утврђено да окривљени није извршио кривично дело.

У средњем веку, са трансформацијом кривичног права из приватног у јавно, јавља се потреба за оживотворењем принципа *ne bis in idem*, пре свега као права појединца према државној власти. *Habeas corpus act* из 1679. године, прописивао је спречавање неправедног проузроковања тешкоћа поновним затварањем људи за исто дело. Из тога следи, не само забрана поновног кажњавања, већ и забрана покретања поступка за исто дело, које је раније већ пресуђено. Забрана поновног судјења садржана је у уставима и декларацијама о грађанским правима америчких држава које су доношене током друге половине 18. века.

Са доношењем првих конституционалних аката држава, *ne bis in idem* постаје начело уставног ранга. Први устав који је садржао овај принцип био је *Устав САД* из 1787. године, додуше не у свом изворном тексту, већ у V амандману из 1791. године, који припада тзв. Билу о правима (*Bill of rights*). Иначе, његово уношење у Устав Сад било је инспирисано једном до тада већ познатом утановом која је примењивана у пракси судова у Великој Британији, названа *pleas in bar*. Реч је о две врсте приговора које су стајале на располагању окривљеном- *autrefois acquit* и *autrefois convict* („већ осуђен“ и „већ ослобођен“). Оне су служиле као препрека даљем наставку суђења, у ситуацији када је окривљени већ био осуђен или ослобођен за исто дело.

Уношењем принципа *ne bis in idem* у документа о људским правима, оно постаје саставни део корпуса људских права, који се развија. У 20. веку, са формирањем међународних универзалних и регионалних организација, тај тренд је настављен у бројним актима који су доношени под њиховим окриљем. Такође, у уставима савремених држава, ово начело је често прописано, на експлицитан или имплицитан начин.

У *Међународном пакту о грађанским и политичким правима* из 1966. године¹⁵, забрана двоструке угрожености садржана је у члану 14. став 7: „Нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези којег је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и поступку своје земље“. *Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода*¹⁶ није била предвиђена забрана двоструке угрожености. Међутим,

15 Усвојен резолуцијом Генералне скупштине УН 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године.

16 Рим, 4. новембар 1950, *European Treaty Series*, no. 5.

приликом усвајања Протокола VII¹⁷ уз Европску конвенцију, ова забрана прописана је у члану 4. став 1. Забрана двоструке угрожености садржана у Пакту и Европској конвенцији важи искључиво за суђење у границама исте јурисдикције, тако да суђење истом лицу за исто дело у другој држави није обухваћено забраном, што је и потврђено у пракси Европског суда за људска права¹⁸, док је тумачење става 7. члана 14. Пакта дао Одбор за људска права УН. Забрана двоструке угрожености налази се у бројним правним документима, који уређују област међународне правне помоћи у кривичним стварима, донетих под окриљем Савета Европе¹⁹ у својству апсолутне или релативне сметње за пружање правне помоћи. Срећемо га, такође, у многобројним билатералним уговорима о међународној правној помоћи у кривичним стварима, у којима је превиђено његово важење *inter partes*.

3. Начело *ne bis in idem* у изворима права Европских Заједница

Продубљивање и ширење европских интеграција довело је до раста обима међународне размене роба и услуга, али и прекограничног криминалитета и, самим тим, до повећања броја прекограничних судских радњи. Уочено је да двоструко гоњење и кажњавање истог лица за иста дела постаје препрека за интеграцију правосуђа. Пре ступања на снагу Уговора из Мастрихта начело *ne bis in idem* имало је примену у области управних санкција, у области заштите финансијских интереса Европске заједнице. Европски суд правде први пут се бавио њиме 1969. године у предмету *Wilhelm v. Bundeskartellamt*²⁰, у коме је закључио да двоструко гоњење од стране Комисије и националних органа не представља кршење овог начела. Ипак, истовремено је прихватио *Anrechnungsprinzip*, уколико се у оба поступка изрекне санкција. Дугогодишња пракса Суда промовисала га је у опште начело права Европских заједница, позивајући се притом на одредбе Протокола VII уз Европску конвенцију, с обзиром да у оквиру ЕЗ није било правног документа у коме је прописано. Практика Европског суда правде није, међутим, била у сагласности са одредбама члана 4. Протокола VII (онако како га тумачи пракса Европског суда за људска права). Недостатак је био, такође, у томе што се важење *ne bis in idem* распростире искључиво на територију Европске заједнице. Уочена је потреба за унификавањем решења

17 Стразбур, 22. новембар 1984, European Treaty Series, no. 117.

18 А. П. против Италије (204/ 1986), 2. новембар 1987, Одабране одлуке 67, стр. 68.

19 Европска конвенција о екстрадицији, Европска конвенција о преносу поступака у кривичним стварима, Европска конвенција о међународном важењу кривичних пресуда и Европска конвенција о кривичним делима која се односе на културна добра, Више о томе: Др Саша Кнежевић, Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку, Ниш 2007., стр. 102.

20 Judgment of 13 February 1969, ECR (1969) 3.

о овом принципу на простору Заједнице, не само у уској области заштите финансијских интереса, већ у домену кривичног права уопште.

Први покушај унификације био је усвајање *Конвенције о забрани двоструког суђења* 1987. године, која статуира примену начела *ne bis in idem* на подручју држава чланица ЕЗ. Конвенцију је, нажалост, ратификовао мали број држава чланица²¹, али су њене одредбе инкорпориране у *Конвенцију о спровођењу Шенгенског споразума из 1990. године*²².

Конвенција о спровођењу Шенгенског споразума посвећује цело поглавље примени начела *ne bis in idem* (поглавље 3.), те у члану 54. прописује да „*особа за коју је судски поступак правоснажно окончан*²³ у једној уговорној страни не може бити кривично одговорна у другој уговорној страни за иста дела, под условом да је казна која је изречена извршена, тренутно је у поступку извршења, или се више не може извршити према законима уговорне стране која је казну изрекла“. Конвенција уређује примену овог начела на међународном нивоу. Употребљен је термин „*стране уговорнице*“ из разлога што је Конвенција отворена и за државе које нису чланице ЕУ²⁴.

Уочљиво је да формулација из Конвенције не одређује на које се све врсте судских одлука односи, како је то, иначе, уобичајено код одређивања *ne bis in idem* принципа, већ само садржи синтагму „*правоснажно окончан судски поступак*“. Непрецизна формулација забране двоструке угрожености добила је своје тумачење у одлукама Европског суда правде, који је утврдио да се забрана, поред осуђујућих пресуда, односи и на ослобађајуће пресуде због застарелости²⁵, односно услед недостатка доказа²⁶, као и на одлуку јавног

21 *Ne bis in idem* конвенцију ратификовале су Француска, Данска, Холандија, Португалија и Италија, и у њима се привремено примењивала.

22 Convention Implementing the Schengen Agreement, Official Journal L 239, 22/09/2000 P. 0019 - 0062

23 У једном делу процесне теорије, овај део члана 54. Конвенције преводи се синтагмом „*коначно довршен*“ (види: А. Гарачић, М. Гргић, *Ne bis in idem*- у законима, конвенцијама и судској пракси, Актуална питања казненог законодавства 2008., стр. 66 - 110.). Сматрамо да је превод „*правоснажно окончан*“ ближи суштини енглеском оригиналу „*finally disposed*“.

24 Споразум из Шенгена (*Schengen Agreement on the Gradual Abolition of Checks at Their Common Borders*) закључен је између Француске, Немачке и земаља Бенелукса 1985. године. Конвенција о спровођењу шенгенског споразума закључена је између истих држава 1990. Године. Циљ је био да се обезбеди слобода кретања лица на територији поменутих држава, као и унапређење полицијске и правосудне сарадње. Ступањем на снагу Уговора из Амстердама тзв. *Шенгенски acquis* (обухвата Споразум из Шенгена и Конвенцију о спровођењу) постао је саставни део права ЕУ, тачније трећег стуба, и почео се примењивати на тадашњих 13 држава чланица од 1999. године. Државе које су касније постале чланице ЕУ потписале су посебне протоколе којима приступају Шенгенском *acquisu*.

25 *Gasparini and Others, Judgement of 28 September 2006, C-467/04.*

26 *Jean Leon Van Straaten, Judgement of the Court, 28 September 2006, C-150/05.*

тужиоца да обустави даље гоњење након испуњења обавезе осумњиченог утврђене њиховим међусобним споразумом²⁷. Ова последња пресуда је изазвала је велику пажњу стручне јавности, с обзиром да је суд у том случају Шенгенски споразум по први пут поставио изнад Устава држава чланица, кад је у питању примена принципа *ne bis in idem*. Други важан закључак Суда је да се поступак признања страних судских одлука мора спровести према одредбама права Европске Уније, а не националног права. Тумачење Суда у овом случају је најшире и стога што се дејство начела *ne bis in idem* признаје у случају када заправо кривични поступак није ни покренут, а одлука о обустављању гоњења је донета без садејства судске власти. Међутим, Суд је у једном другом случају поставио границе његовог дејства, искључивши примену на одлуку јавног тужиоца да обустави кривично гоњење услед вођења кривичног поступка у другој држави²⁸. У овом случају је, наиме, реч о одлуци суда којом се није ушло у меритум, а која је онемогућила вођење кривичног поступка у другој држави услед недостатка изведених доказа у обустављеном поступку. Остаје отворено питање, да ли је том одлуком Суд ограничио дејство начела *ne bis in idem* искључио на мериторне пресуде. У теорији има схватања да није²⁹, јер Суд тврди да се дејство не може признати одлуци која не садржи *никакву* одлуку о предмету случаја. Следи да она мора садржати *неку форму одлуке*, а не нужно мериторну. У једном од случајева, Суд се бавио статусом пресуда донетих у одсуству окривљеног³⁰, које је такође обухватио доменом дејства начела *ne bis in idem* из члана 54. Конвенције. Значајно је помена да је Суд у свим наведеним пресудама као циљ постојања овог принципа на територији Уније означио *слободу кретања*, која би у значајној мери била нарушена могућношћу вођења више поступака против истог окривљеног за исто дело, у више држава чланица ЕУ. Важан је, такође, став Суда да за важење принципа *ne bis in idem* није нужен предуслов хармонизација кривичног права, већ узајамно поверење у судске одлуке између држава чланица. Најзад, важан допринос тумачењу предметне одредбе Конвенције даје став суда да *национално кривично процесно право* држава чланица даје одговор на питање које ће се одлуке сматрати онима, којима се поступак правноснажно окончава, односно, којима се забрањује даље кривично гоњење³¹. Ипак, изузетак од претходне констатације Суд је установио у поменутом случају *Miraglia*, у коме је предност над правноснажношћу судске

27 *Hüsein Gözütok and Klaus Brügge, Judgement of the Court, 11 February 2003, Joint Cases C- 187/01 and C-385/01.*

28 *Filomeno Mario Miraglia, Judgement of the Court, 10 March 2005, C-469/03.*

29 Зоран Бурић, Начело *ne bis in idem* у еуропском казненом праву- правни извори и судска пракса Еуропског суда, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3- 4, 2010, стр. 832.

30 *Statsanwaltschaft Regensburg v Klaus Bourquain, Judgement of the Court 11 December 2008, C-297/07.*

31 *Vladimir Turansky, Judgement of the Court, 22 December 2008, C-491/07.*

одлуке према националном праву дата циљу из Главе VI Уговора о Европској унији, односно, остварењу Уније као простора слободе, сигурности и правде³². Према томе, уколико правноснажност неке националне одлуке омета остварење поменутог циља, она неће бити обухваћена дејством принципа *ne bis in idem*.

Поред тумачења појма „*bis*“, Европски суд је у својим одлукама тумачио и елемент „*idem*“. Тачније, бавио се дилемом, да ли је за постојање идентитета раније пресуђеног и новоутуженог кривичног дела од значаја истоветна правна квалификација, идентитет заштићених добара или идентитет чињеница. Суд је у једној од својих пресуда³³ заузео становиште да је за идентитет дела одлучујући *идентитет чињеница*, односно „скуп чињеница које су по својој природи нераскидиво повезане“³⁴. Те чињенице морају бити повезане по времену, месту и садржају. У одлуци, у раније помињаном случају *Van Straaten*, суд је још детаљније одредио појам постојања идентитета чињеница, тврдећи да се не мора састојати у истој количини (дрого), нити у истом субјективном супстрату (исти починилац и саучесници), уз услов да су просторно, временски и садржински „нераскидиво повезане“. О томе, да ли постоји нераскидиво јединство одлучних чињеница, цени национални суд, зависно од околности случаја.

Трећи сегмент члана 54. Конвенције, чијим се тумачењем Суд бавио је део који се односи на „извршену казну, казну која се управо извршава или се више не може извршити“. Треба нагласити да се овај део члана 54. односи искључиво на осуђујуће пресуде, где је предвиђен додатни услов за дејство принципа *ne bis in idem*- извршење казне. Смисао његовог постојања је да се избегне могућност да осуђени побегне из земље где му је изречена казна, која треба да се изврши, а затим се у другој држави чланици позива на *ne bis in idem*³⁵. У случају *Kretzinger*³⁶ суд је у „казну која се извршава“ уврстио условну осуду, а трајање извршења изједначио са временом пробације. У истом случају, Суд је искључио полицијско задржавање и притвор из дејства овог начела. У случају *Burquain* радило се о казни која се уопште није могла извршити, све до наступања рока застарелости. Да ли је таква казна обухваћена делом члана 54. „...или се више не може извршити према према законима стране уговорнице која ју је изрекла“? Суд је прихватио становиште према коме је од значаја тренутак покретања другог поступка. Потребно је да се у том тренутку казна више не може извршити, независно од тога, да ли је таква могућност раније постојала.

32 Katalin Ligeti, *Rules on the Application of ne bis in idem in the EU - Is Further Legislative Action Required?*, Eucrim, 01-02, 2009., стр. 40., наведено према: З. Бурић, оп. цит., стр. 842.

33 *Leopold Henri Van Esbroeck, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04.*

34 Op.cit., стр. 844.

35 Ligeti, op.cit., стр. 40.

36 *Kretzinger, Judgement of the Court, 18 July 2007, C-288/05.*

Забрана двоструке угрожености у Конвенцији релативног је карактера, јер су предвиђени изузеци од њене примене, у случају када је кривично дело на које се поступак пред иностраним судом односи извршено у целисти или делимично на сопственој територији, затим, ако је у питању кривично дело против националне безбедности или друго дело које је од суштинског интереса за сопствену државу, и ако је дело почињено од стране званичника стране уговорнице у супротности са његовим дужностима (члан 55.). Примена наведених изузетака условљена је стављањем резерве на члан 54. Конвенције, што страна уговорница може учинити у поступку ратификације. Члан 56. Конвенције прихвата *Anrechnungsprinzip*, прописујући да се време лишења слободе или време издржане казне у иностраној држави урачунава у новодонету пресуду изречену у каснијем поступку против истог лица за исто кривично дело у другој држави уговорници. Конвенцијом је предвиђена сарадња између страна уговорница у погледу давања информација о правноснажно окончаним кривичним поступцима (члан 57.). Најзад, омогућена је и охрабрена примена повољнијих одредаба националних прописа који се односе на дејство *ne bis in idem*.

4. *Ne bis in idem* након усвајања Уговора из Амстердама

Усвајањем Уговора из Амстердама³⁷ *шенгенски acquis* постао је део права ЕУ, тачније тзв. трећег стуба (области полицијске и правосудне сарадње). Од ступања на снагу Уговора (1. маја 1999. године), он се почео примењивати на тадашњих 13 држава чланица, док су државе које су касније постале чланице ЕУ потписале посебне протоколе о његовом прихватању³⁸.

Одредбе из Конвенције о спровођењу Шенгенског споразума послужиле су као модел за одређивање принципа *ne bis in idem* у још неколико правних докумената. Тако је садржан у *Конвенцији о финансијској заштити Европских заједница* и њеним допунским протоколима³⁹, затим у *Конвенцији о спречавању корупције која укључује службенике Европских заједница и службенике држава чланица ЕУ*⁴⁰ и у пројекту *Corpus iuris о европском кривичном праву ЕУ*, где је прописана на посредан начин, предвиђањем правила о урачунавању издржане казне у случају двоструког кажњавања за прекршај и кривично дело. Питањем конкуренције кривичних и управних поступака бави се, такође, члан 6.

37 Treaty of Amsterdam, усвојен 2. октобра 1997., ступио на снагу 1. маја 1999.

38 Не прихватају све државе чланице ЕУ *acquis*. Велика Британија, Ирска и Данска имају посебан режим. У Румунији, Бугарској и Кипру *acquis* се још увек не примењује, док су пуноправни његови чланови Исланд, Лихтенштајн и Норвешка, које нису чланице ЕУ.

39 Official Journal C 195 of 25 June 1997

40 Official Journal C 195 of 25 June 1997

Уредбе 2988/95⁴¹, која се односи на заштиту финансијских интереса Европске заједнице. Предвиђа се прекид управног поступка, уколико је истовремено у току и кривични поступак за неко неправо које може имати обележја управног и кривичног деликта. Након завршетка кривичног поступка, управни поступак се може наставити и изрећи управна санкција, чак и новчана казна. Изузетак од потпуне кумулације представља предвиђена могућност да се приликом изрицања управне санкције узме у обзир казна изречена у претходно окончаном кривичном поступку, уколико се ради о истом осуђеном и истим чињеницама. Поред тога, покретање управног поступка након правноснажно окончаног кривичног поступка може бити искључено у складу са општим првним начелима.

Након доношења Уговора из Амстердама сазрева уверење да је у „подручју слободе, сигурности и правде“ европских заједница неопходна транснационална примена *ne bis in idem* принципа⁴². Одредбе које су садржане у до тада усвојеним документима и билатералним уговорима биле су различите, што је отежавало њихову примену на јединствен начин од стране националних судова. Акционим планом о имплементацији подручја слободе, сигурности и правде⁴³ предвиђен је петогодишњи рок (од ступања на снагу Уговора из Амстердама) за установљавање мера за успостављање координације кривичних истрага и гоњења, како би се спречило дуплирање поступака и доношење контрадикторних одлука, у складу са начелом *ne bis in idem*. У Програму мера за имплементацију начела међусобног признања одлука у кривичним стварима⁴⁴, овај принцип је одређен као један од приоритета ЕУ.

Услед различитих формулација забране двоструке угрожености у правним документима Европске Уније, Грчка је за време њеног председавања ЕУ повела иницијативу за доношење Оквирне одлуке за примену начела *ne bis in idem*⁴⁵, у циљу јединственог тумачења и примене у пракси овог начела. Предлог Грчке садржи неколико дефиниција појмова који су од значаја за јединствено тумачење овог начела. Најпре, статуира да се „пресудом“ (коначном одлуком суда) сматра „свака коначна одлука кривичног суда у држави чланици, која је резултат кривичног поступка, осуђујућа или ослобађајућа, или којом је коначно довршено кривично гоњење осуђеног, у складу са националним законом државе чланице, и такође, свака вансудска нагодба у кривичним стварима, као и свака одлука која има значај пресуђене ствари- *res iudicata* према националном праву“ (члан 1. б). Поред дефинисања појма „*bis*“, који је одређен тиме шта се сматра пресудом,

41 Regulation 2988/95, OJ L 312, 23/12/1995, p. 0001-0004.

42 PhD John A.E. Vervaele, op. cit., стр. 109.

43 Official Journal C 19, 23.1.1999.

44 Official Journal C 12, 15.1.2001

45 Official Journal C 2003 100/4

Иницијатива Грчке садржи и одређење појма „*idem*“, који се односи на друго кривично дело које обухвата исте, или у битном исте чињенице, независно од њихове правне квалификације (члан 1. е). Оквирна одлука дефинише такође шта се све сматра „кривичним делом“ Поред кривичних дела *stricto sensu*, у ову категорију увршћени су и управни деликти и прекршаји, ако се поступак за њих води пред кривичним судом, и вансудска медијација у кривичним стварима (члан 1.). Предлог Грчке установљава изузетке од примене начела *ne bis in idem*, из истих разлога, наведених у члану 54. Конвенције о спровођењу Шенгенског споразума. Управо су установљени изузеци од његове примене представљали разлог за критику Предлога од стране неких држава чланица, које су сматрале да су прешироко постављени. Највише примедби на садржај Оквирне одлуке имале су Велика Британија и Француска, па је иницијатива Грчке за сада остала мртво слово на папиру.

Начело *ne bis in idem* инкорпорирано је у најважнији правни документ из области узајамне правне помоћи на територији ЕУ- у *Оквирну одлуку о Европском налогу за хапшење*⁴⁶. Циљ Налога је поједностављење традиционалног, сложеног и дуготрајног поступка између правосудних органа држава чланица, који претходи изручењу, и његова замена непосредним контактом органа надлежних за изручење. Нужан предуслов за остварење налога за хапшење је узајамно поверење и признање страних судских одлука. У члану 4. Оквирне одлуке, који побраја релативне сметње за одбијање извршења Европског налога за хапшење, као један од разлога најпре је предвиђена двострука литиспенденција (тачка 2.). Поред тога, релативну сметњу представља одлука правосудних органа државе извршења да не покрену кривични поступак, ако је кривично гоњење обустављено, или је донета правноснажна и коначна пресуда против истог лица за исто дело (тачка 3.). Извршење *Европског налога за хапшење* држава може одбити, такође, ако њени правосудни органи имају информације да је односна особа већ коначно осуђена за исто дело у *некој трећој држави*, уз испуњење додатног услова да је казна извршена, извршава се, или се више не може извршити, према прописима државе која ју је изрекла. Овим одредбама заправо је разрађена примена начела *ne bis in idem* из члана 54. Конвенције о спровођењу Шенгенског споразума. Закључак је да се ово начело не примењује само у случају када постоји *res iudicata*, већ се спречава и двострука литиспенденција. Одредбе о овом начелу садржане су, такође, у члану 13. тачка 1а. *Оквирне одлуке о европском доказном налогу*. Даљи развој начела пратимо кроз одредбе *Зелене књиге о сукобима надлежности и начелу не бис ин идем у кривичном поступку*⁴⁷ из 2005. године, која заправо јесте предлог, којим би се уредила материја о овом

46 Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Official Journal C 332 E/305.

47 *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, COM (2005) 696 final, Brussels, 23 December 2005.

принципу слично законском регулисању на националном нивоу. Књига повезује питање решавања сукоба надлежности и дејства начела *ne bis in idem*. Слично некадашњем предлогу Грчке, неколико држава је учинило сличан предлог за доношење *Оквирне одлуке о спречавању и решавању сукоба надлежности у кривичном поступку*⁴⁸, који је касније усвојен⁴⁹. Оквирна одлука се бави питањем истовременог вођења истраге у два државама чланицама против истог лица за исто дело, и предвиђа обавезу консултовања органа држава чланица које воде паралелне истраге.

Принцип *ne bis in idem* саставни је део *Повеље о основним правима*⁵⁰, која је усвојена у Ници 2000. године. Она је, међутим, у тренутку доношења била правни акт необавезујућег карактера. У члану 50. Повеље предвиђена је забрана поновног суђења или кажњавања истом окривљеном у кривичном поступку за дело за које је, на територији Уније, већ био коначно ослобођен или осуђен, у складу са законом. У поређењу са Конвенцијом о спровођењу Шенгенског споразума, одредба из Повеље унеколико сужава дејство овог принципа. Прво, забрана поновног суђења односи се само на кривична дела, наспрам Конвенције, која поред кривичних дела обухвата и управне деликте и прекршаје. Поред тога, у члану 50. Повеље помињу се само правноснажне ослобађајуће и осуђујуће пресуде, док је Европски суд правде тумачењем члана 54. Конвенције поред наведених пресуда обухватио и вансудске нагодбе између јавног тужиоца и окривљеног, као и одлуке јавног тужиоца о одустајању од гоњења. Дејство начела је, такође, сужено услед дејства искључиво у кривичном поступку (изузимајући прекршајни поступак). Најзначајнија је новина што Повеља брише разлику између националног и трансационалног *ne bis in idem*⁵¹. Начело се, према одредбама Повеље, примењује како у поступцима унутар државе, тако и на поступке у различитим државама чланицама.

Одредба из Повеље о основним правима ЕУ која говори о овом принципу критикована је од стране теоретичара и практичара, због свог уског домашаја само на кривичне поступке, што је у нескладу са Европском конвенцијом и праксом Европског суда за људска права. На удару је и чињеница да се начело односи само на правноснажне пресуде. Из тог разлога је Макс Планк институт за страну и међународно кривично право оформио стручну комисију, која ће сачинити тзв. *Фрајбушки предлог о сукобу надлежности и забрани вишеструког гоњења у ЕУ*⁵². Предлог спречава вишеструке поступке у међународним

48 *Initiative of the Czech Republic, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic and of the Kingdom of Sweden for a Council Framework Decision 2009/.../JHA on prevention of conflicts of jurisdiction in criminal proceedings, O.J. C 39 of 18 February 2009, p. 2.*

49 *O. J. L 328 of 15 December 2009, p. 42.*

50 Official Journal C 2000 364/01.

51 *Op. cit.*, стр. 826.

52 <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisinidem.html>

предметима, осигурава примену прекограничног *ne bis in idem*, и уводи правило о урачунавању казне. Примена начела, према Предлогу, односила би се на управне и кривичне поступке, националне и европске. Предлог предвиђа, користећи синагму „правноснажно одлучено“, дејство начела на сваку одлуку којом је поступак коначно завршен, тако да је понављање истог могуће само у изузетним случајевима. Фрајбуршки предлог представља правни акт *de lege ferenda*, који може служити као узор националним регулисању овог начела, као и његовом тумачењу у судској пракси судова држава чланица и Суда правде ЕУ.

Са усвајањем *Лисабонског споразума*⁵³, отворена је могућност да принцип *ne bis in idem* постане опште правно начело у оквиру права ЕУ, са супранационалним обележјем, и део корпуса основних људских права загарантованих на територији Уније. Протокол о прелазним одредбама уз Лисабонски споразум прописује останак на снази свих правних инструмената некадашњег трећег стуба и њихову постепену интеграцију у јединствени правни поредак Уније у петогодишњем периоду. Следи да Шенгенски *acquis* и у њему садржано начело *ne bis in idem* иде ка потпуном *erga omnes* дејству на територији Уније. Још једна важна последица усвајања Лисабонског споразума је што је са његовим ступањем на снагу отворена могућност да ЕУ постане страна уговорница Европске конвенције о људским правима, што би такође могао бити пут ка јединственом формулисању опсега важења овог начела.

5. Закључна разматрања

У Европској Унији све више се поклања пажња изградњи заједничких основних правних начела на којима почива кривични поступак, при чему кључна улога припада Европском суду правде. У његовој пракси постепено се кристалишу елементи, опсег и дејство неких института, који олакшавају сарадњу ограна гоњења на територији Уније, са циљем превенције криминалитета, који не познаје границе. Једно од тих начела је *ne bis in idem*, чије је дејство у време зачетка европских интеграција било омеђено националним правним поретком. Екстензија његовог дејства била је могућа, евентуално у односима *inter partes*, уколико је између две државе постојао билатерални уговор о правној помоћи у кривичним стварима. Управо постојање мноштва билатералних уговора са различитим решењима између држава чланица тадашње Европске заједнице отежавао је борбу против нарастајућег прекограничног криминала. Развоју многобројних облика противзаконитог понашања погодновало је отварање граница, те је у „заједничком простору слободе, сигурности и правде“ нашао плодно тле за клијање и перманентни раст. То је био разлог да се покуша са стварањем одговарајућих правних механизма за његово сузбијање.

⁵³ Treaty of Lisbon, усвојен 13. децембра 2007., ступио на снагу 1. 12. 2009., Official Journal C 306 17.12.2007.

Кључну улогу у трансформацији начела *ne bis in idem* одиграла је Конвенција о спровођењу Шенгенског споразума. Иако формулација садржана из члана 54. омогућава различито тумачење, године примене су показале да је управо то омогућило решавање бројних питања која су се појавила пред Европским судом правде. Управо је Суд, тумачењем поменуте одредбе Конвенције, обликовао појам, дејство и обим примене *ne bis in idem* принципа. Тумачењем појмова „bis“, „idem“ и „казне“, Суд је определио овај принцип према потребама међународне организације *sui generis*, каква ЕУ јесте. То није био нимало лак задатак, с обзиром на специфичну природу транснационалног *ne bis in idem*. За разлику од традиционалног принципа, каквог познају национални правни системи, који се темељи на идејама правичног поступка и правне сигурности, код транснационалног *ne bis in idem*, у првом плану је један од темељних циљева европске интеграције- остварење слободе кретања. Ово начело управо служи остварењу тог циља, оно пружа правну сигурност грађанину ЕУ на територији целе Уније од вишеструког прогона за исто дело. Према томе, ово начело представља веома важну карику у ланцу слобода-сигурност- правда.

Кривично процесно право постаће Лисабонским уговором најважније подручје развоја кривичноправних овлашћења Уније и стварања супранационалног кривичноправног подручја⁵⁴. Утапање некадашњих „стубова“ у јединствени правни оквир Уније, сви до сада донети правни документи постаће део права Европске уније, са супранационалним дејством. Та констатација важи за Шенгенски *acquis* (Конвенцију о спровођењу Споразума из Шенгена), као и за Повељу о основним правима ЕУ. Проблем у будућности може се јавити у погледу опсега примене овог начела предвиђеног у Конвенцији и Повељи. Ту ће, вероватно, одлучујуће бити тумачење Европског суда правде, и за очекивати је да превлада шире тумачење, које је он у досадашњим одлукама установио. Нису за потцењивање ни иницијативе да се ово начело уреди на јединствен начин. У складу са Лисабонским уговором, то може бити учињено путем доношења директиве.

Чини се опортуним прихватање ширег одређења, које би у елемент „bis“ укључило, поред правноснажних судских одлука и остале одлуке којима је поступак коначно завршен, као и вансудске нагодбе у преткривичном поступку. У погледу елемента „idem“, треба прихватити критеријум „идентитета чињеница“, односно „нераскидивог јединства чињеница“, с обзиром на хетерогеност националних кривичних законодавстава у погледу правне квалификације и

54 М. Kaifa-Gbandi, *The Treaty Establishing a Constitution for Europe and Challenges for Criminal Law at the Commencement of 21st Century*, (2005) 13(4) *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 483-514, 484. Нав.према: Злата Ђурђевић, Лисабонски уговор: Прекретница у развоју кривичног права у Европи, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, вол.15, бр.2, 2008., стр.1087.

заштићених правних добара. У елемент „извршена казна“, сходно пракси Суда, треба укључити, уз условну осуду, и друге облике алтернативних санкција којих је све више у европским кривичним кодексима. У сврху правне сигурности, сматрамо за одлучујући тренутак у погледу немогућности извршења - време покретања поступка у другој држави чланици, без обзира да ли је постојала могућност извршења. Треба размислити о примени критеријума идентитета чињеница код паралелног или сукцесивног вођења кривичног и прекршајног поступка, услед разлика у правним квалификацијама у прописима држава чланица. Сматрамо да интересима правне сигурности никако не одговара евентуално вођење кривичног и прекршајног поступка против истог лица у две државе, где је у једној, као резултат различите криминалне политике неки деликт квалификован као кривично дело, а у другој као прекршај.

Може се рећи да је начело *ne bis in idem* у правном систему ЕУ прошло дуг и трновит пут од начела са дејством на националном нивоу, евентуално *inter partes*, до начела са дејством *erga omnes*, што је од непроцењивог значаја за стварање и очување „простора слободе, сигурности и правде“ на територији ЕУ, и које са правом заузима важно место у корпусу основних људских права признатих грађанину уједињене Европе. У будућности треба очекивати даљу хармонизацију националних прописа држава чланица у погледу дефинисања и дејства овог принципа, као и доношење правно обавезујућег прописа, којим би се омогућила његова примена, на јединствен начин, на целој територији Европске уније.

Ivan Ilić, LL.B.

Junior Assistant

Faculty of Law, University of Niš

The Effect of the ne bis in idem Principle in the European Legal Space

Summary

In the European Union, there is a growing tendency towards developing common basic legal principles underlying the criminal proceedings. The key role in this process is given to the European Court of Justice, whose practice gradually yields the essential elements, scope and effect of certain instruments that facilitate the cooperation of law-enforcement bodies in the territory of the European Union for the purpose of preventing crime which does not recognize any borders. One of these principle is the ne bis in idem principle, which gradually acquires the status of an erga omnes principle.

In this article, the author first deals with the concept, the notion and the effect of the ne bis in idem principle. Further on, the author provides a brief historical retrospect of the development of this principle. In the central part of this paper, the author explores the legal instruments of the European Union which contained this important principle, with special reference to the case law of the European Court of Justice. In the final part, the author analyses the existing legal acts and gives some suggestions for the future regulation of this principle in the European legal space.

Key words: *ne bis in idem, no double jeopardy, European Union, Schengen Agreement.*

МОР И СЛОБОДА СИНДИКАЛНОГ УДРУЖИВАЊА

Апстракт: Може се рећи да је задатак МОР-а да, у наредном периоду, поново сагледа проблем око слободе удруживања и размотри могућности свог даљег деловања у овој области, с тим да води рачуна о новонасталим околностима на међународној позорници на којој глобализација већ игра једну значајну улогу, у време кад сиромаштво земаља трећег света још увек стоји као једно од горућих питања, а земље у развијеном делу света потреса светска економска криза из које се још увек не види јасан излаз. Задатак није лак али се сви надамо да ће МОР препознати прави пут и трасирати кретање међународне заједнице у правом смеру, као што је то већ много пута кроз историју чинио.

Кључне речи: слобода удруживања, синдикати, фундаментални принципи, Међународна организација рада.

Увод

Слобода синдикалног организовања, као облик слободе удруживања, данас, ужива статус фундаменталног људског права. Модерна друштва у оквиру међународне заједнице су кроз историју улагале велике напоре да слободу синдикалног удруживања промовишу као једну од основних слобода, којом се признају и штите права запослених. Унапређењем слободе синдикалног удруживања су се државе бавиле кроз активности у многим организацијама међународног права, као и кроз иницијативе базиране на билатералној и унилатералној основи.

Поред чињенице да је слобода синдикалног удруживања призната Општом декларацијом о правим човека из 1948. и Међународним пактовима ОУН-а из 1966. године, поред тога што је Савет Европе у првим годинама свог постојања слободу синдикалног удруживања уврстио у најважније документе као што су Европска конвенција о заштити права човека и основним слободама из 1950. и Европска социјална повеља из 1961. године, ипак је синдикално право

своју најпотпунију и најширу афирмацију остварило кроз рад Међународне организације рада (МОП).

Делатност МОП-а је у највећој мери утицала на развој слободе удруживања, касније и синдикалног права, као фундаменталног права јер је, од самог оснивања, ово право уврстила у ред основних, помињући га у Преамбули Устава МОП-а из 1919. У време креирања Устава МОП-а слобода удруживања је промовисана са намером да допринесе општем циљу оснивања МОП-а, односно учвршћивању општег и трајног мира, социјалној правди и међународној конкуренцији.¹

Реафирмацији питања слободе удруживања у оквиру МОП-а (јер је слобода удруживања и рад на њеном признању прилично успорен у непосредним годинама пре, као и током, Другог светског рата), значајно је допринела Декларација о сврси и циљевима МОП-а, донета у Филаделфији (САД) 1944. године. У оквиру Филаделфијске декларације, слобода удруживања је први пут поменута у смислу „основног људског права“ и „фундаменталног принципа“². Основни допринос Филаделфијске декларације односи се на чињеницу да је трасирала пут признању слободи удруживања и то не само као право програмског карактера већ и право које је доцније и операционализовано у неколико конвенција МОП-а.

Коначно, као један од темељних инструмената у овој области, као уосталом у целокупној области права човека, донета је Конвенција бр. 87 о синдикалној слободи и заштити синдикалних права (1948). Конвенција бр. 87 је од непроцењиваог значаја за даљи развој слободе удруживања на оним основама које је поставила Филаделфијска декларација и предвиђа: „Радници и послодавци, без разлике било које врсте имају право да, без предходног одобрења, образују организације по свом избору, као и да приступају овим организацијама, под једним условом- да се придржавају њихових правила“ (чл. 2). Овако конципирана дефиниција слободе удруживања обухвата све неопходне елементе заштите права радника и послодавца на удруживање и организовање, без дискриминације и уз уклањање формалних препрека којима држава може посредно да угрожава остваривање овог права.

Након Конвенције бр. 87, као основне у области слободе удруживања, донете су бројне друге конвенције и препоруке МОП-а које се баве регулисањем појединих односа везаних за слободу удруживања. Конвенција бр. 98 о примени начела права организовања и колективног преговарања донета је 1949. године. Она је други најважнији инструмент који операционализује слободу удруживања, нераздвојиво је везавши за принцип и право колективног преговарања. На ово је у више наврата подсећао Одбор експерата МОП-а³, који истиче да садржина

1 Александар Петровић, Међународни стандарди рада, Правни факултет- Центар за публикације, Ниш, 2009, стр. 2.

2 L. Betten, International Labour Law- selected issues, Deveter, Kluwer, 1993, стр. 65.

3 Одбор експерата за примену конвенција и препорука основан је 1927. године. Састоји се од 20 високо квалификованих, независних, сручњака у области радног права, које

слободе удруживања укључује и право на слободно колективно преговарање. Конвенција бр. 151 о слободи удруживања јавних (државних) службеника (1978) регулише област коју је као изузетак предвидела Конвенција бр. 87 (чл. 9, ст. 1).⁴ Ваља поменути и пар препорука које се односе на слободу удруживања, јер је ова област у оквиру делатности МОР-а регулисана и овим правним инструментом. Препорука бр. 159 о радним односима у државном сектору донета је уз Конвенцију бр. 151, Препорука бр. 163 о колективном преговарању, итд.

Стандарди МОР-а о слободи удруживања

Слобода удруживања, у најширем смислу, може се сврстати у ред грађанских слобода. Најважнији елементи слобода удруживања су слобода окупљања и слобода мишљења и изражавања. Идиректно, с њом је повезано и право на слободу и сигурност лица, заштиту од произвољног хапшења и притвора и право на праведан судски поступак пред независним судом.⁵

Као један од видова слобода удруживања јавља се и слобода синдикалног организовања. Овај вид слобода удруживања подразумева право радника да оснивају синдикате, да без дискриминације било које врсте постају чланови истог, као и могућност да независно и самостално (и у односу на државу и у односу на послодаваца) организују своју активност у оквиру синдиката. Једина ограничења која се могу захтевати у овом смислу су поштовање позитивног националног законодавства и правних аката (статута) донетих од стране самог синдиката.

Однос између слобода удруживања у ширем смислу и слобода удруживања у смислу права на оснивање синдиката показује велики степен узрочности, што је уосталном потврђено више пута, како од стране међународне заједнице уопште тако и кроз делатност МОР-а. У литератури се истиче да тамо где није гарантована слобода удруживања, не може доћи ни до развоја синдикалне организованости. Повезаност синдикалних права и грађанских слобода (слобода удруживања у ширем смислу), установио је и Одбор експерата МОР-а у својим принципима кроз формулацију: „Гаранције дефинисане у међународним конвенцијама о раду, нарочито оне које се односе на слободу удруживања, могу

именује Административни савет на предлог Генералног директора Међународног бироа рада. Ово тело испитује извештаје држава чланица МОР-а о примени инструмената које су ратификовале. Том приликом даје своје интерпретације које се односе, како на саме извештаје, тако и на примену права признатих самим конвенцијама. На тај начин ствара тзв. case law, односно право случаја.

4 Овај изузетак се односи на право државе потписнице Конвенције да сама одлучи о њеној примени на припаднике оружаних снага, полицију и високе државне функционере који се по природи сматрају политичким позицијама.

5 К. Yokota: “International Standards of Freedom of Association for Trade Union Purposes”, 1976. стр. 315, наведено по А. Петровић, *op. cit.* стр. 96.

бити делотворне само ако су грађанска и политичка права, садржана у Општој декларацији о правима човека и другим међународним инструментима, изворно призната и заштићена“.⁶

Садржај међународних стандарда

Међународни стандарди рада⁷ у области слободе удруживања радника и послодаваца садржани су у двама најважнијим Конвенцијама бр. 87 и бр. 98.

Основу чини одредба члана 2. Конвенције бр. 87, који гласи: „Радници и послодавци, без икаквих изузетака, имају право без претходног одобрења, да организују по свом избору, као и да приступају овим организацијама, под искључивим условом да се придржавају статута ових организација“⁸.

У оснивању и приступању синдикалним организацијама не сме бити дискриминације на основу врсте занимања или запослења: та права се гарантују како радницима у индустрији, тако и онима у пољопривреди, радницима који раде на властитим средствима за производњу, као и онима у радном односу, укључујући и јавне службенике.⁹ Поред овога, забрањено је разликовање у погледу права на придруживање синдикатима на основу опште забрањених основа дискриминације (пол, раса, национална припадност, политички ставови, држављанство итд.).

Постоји један изузетак од овог правила предвиђен чланом 9. став 1. ове Конвенције који гласи: „У којој мери ће се гаранције предвиђене овом конвенцијом примењивати на припаднике војске и полиције биће одређено националним законодавством“¹⁰. Ово свакако не значи да се припадницима војске и полиције не признаје право на синдикално организовање и да је постојање синдиката у војсци и полицији забрањено правилима садржаним у овој конвенцији. Оно што одваја припаднике војске и полиције од осталих категорија радника је чињеница да је у овом делу државама чланицама остављено да саме одреде обим у коме ће ово право признати дотичним занимањима.

Једно од битних права, признатих у члану 2. Конвенције бр. 87, односи се на забрану поступка издавања дозвола како за оснивање синдикалних организација, тако и за њихово деловање. Поред тога, синдикат постаје

6 А. Петровић, *op. cit.* стр. 112.

7 „Међународни стандарди рада“ су правила садржана у конвенцијама МОП-а (правила обавезујућег карактера) и у препорукама МОП-а (правила која служе као упутства и немају обавезујући карактер. Види: N. Valticos, *International Labour Standards and human rights*, *International Labour Review*, vol. 137 No2, 1998, стр. 135.

8 Р. Пешић, *Међународне конвенције рада*, „Просвета“, Београд, 1968, стр. 146.

9 Види: N. Valticos, *Droit international du travail*, Paris, 1983, стр. 248. и тамо цитиране извештаје органа МОП-а, наведено по А. Петровић, *op. cit.* стр. 99.

10 *Ibid.*

правно лице и државне власти не смеју отетажави овај процес непотребним формалностима и препрекама које би могле довести у питање примену и остваривање права признатих у члану 2.

Слобода синдикалног организовања односи се и на слободу избора радника да самостално одлуче хоће ли или неће приступити неком синдикату. Поред тога, радници се, ни на који начин, не смеју присиљавати да имају само један синдикат, нити да је чланство у њему обавезно.

Члан 3. Конвенције бр. 87 се бави питањима слободног и самосталног деловања синдикалних организација. Од државних власти се захтева да синдикалним организацијама омогуће да самостално формулишу правила о свом деловању (статуте и друга административна правила), а да при том поштују минимум формалности предвиђених националним законодавством. Такође, мора им бити омогућено да слободно бирају своје представнике, да организују своју управу и да формулишу програме својих делатности. Ово се не односи на политичко деловање синдиката, иако је изузетно тешко одвојити такво деловање од легитимних синдикалних активности.¹¹

Чланом 4. Конвенције бр. 87 забрањено је да се радничке и послодавачке организације распуштају и да се њихове делатности обустављају административним путем. Једини начин за обуставу рада синдиката, у овом смислу, од стране државе је редовни судски поступак покренут пред надлежним судом.

Синдикати имају право, према члану 5. Конвенције бр. 87, да се придружују федерацијама и конфедерацијама таквих организација. Исто важи и за послодавачке организације. Поред удруживања на националном нивоу, овом конвенцијом им је признато право да се учлане у међународне организације послодаваца и радника.

У последњем члану првог дела Конвенције бр. 87, који се односи на нормирање синдикалне слободе, ближе се одређује појам „организације“. Наводи се да израз организација означава сваку организацију радника и послодаваца која има за циљ унапређење и заштиту интереса радника и послодаваца.

Како Конвенција бр. 87 представља инструмент програмског карактера, у делу два, који се односи на заштиту синдикалних права, наводи се да је држава чланица, која ратификује ову конвенцију, у обавези да предузме све „потребне и погодне мере“ да би радницима обезбедила вршење синдикалних права. У оваквој формулацији се огледа флексибилност саджине обавеза државе чланице¹², где је држави остављено да процени које акције и мере треба да предузме у правцу остваривања циља постављеног овом програмском

¹¹ Тако и: А. Петровић, *op. cit.* стр. 100.

¹² Флексибилност конвенција МОР-а је једна од главних особина ових правних инструмената. Поред флексибилности, као основне карактеристике конвенција МОР-а, истичу се универзалност и трипаритност. Више о томе види: А. Петровић, *op. cit.* стр. 44.;

конвенцијом. Ова флексибилност формулације је потребна да би се одредбе конвенције прилагодили стварним и изузетним ситуацијама, као и да би се омогућило што шире прихватање а тиме и примена конвенције.

Циљ који се хтео постићи доношењем Конвенције бр. 87 пре свега је усмерен на пружање заштите синдикалном организовању од стране државне односно административне власти и злоупотреба. Насупрот њој, Конвенција бр. 98 о примени начела права на организовање и колективно преговарање, има задатак да синдикалној слободи и радницима који је остварују, пружи заштиту од поступака које предузимају послодавци односно послодавачке организације. Основни је циљ да се радници заштите од дискриминације од стране послодавца због своје припадности синдикату. Њихово се запослење не сме условљавати неприступањем синдикату (претходне клаузуле „затворене радње“), односно напуштањем истог (накнадне клаузуле „затворене радње“)¹³. Они, такође, не смеју имати штетних последица због учествовања у синдикалним активностима које не представљају самовољно напуштање радног времена.

Овом конвенцијом се, даље, пружа заштита од уплитања послодавачких организација у питања оснивања и деловања радничких организација. Изричито су забрањене мере које, на посредан или непосредан начин, имају за циљ да се синдикати потчине доминацији послодавца или послодавачких организација, а нарочито финансијска или друга помоћ која је дата зарад које поменутог циља (чл. 2).

Поред овога, Конвенција бр. 98 се бави и питањем колективног преговарања. Овај механизам се пре свега користи за постизање споразума око питања о условима запошљавања и рада, као и о питањима односа између појединачних радника и послодавца, као и односима међу радничким и послодавачким организацијама. Као резултат колективних преговора потписује се колективни уговор који обавезује стране потписнице и има јачу снагу од индивидуалних уговора о раду.

Као и Конвенција бр. 87, Конвенција бр. 98 препушта државама чланицама да саме одреде обим примене у односу на припаднике војске и полиције. Ова се конвенција, међутим, ни једним својим делом не бави положајем државних

Антун Равнић, *Основе радног права- домаћег, упоредног и међународног*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2004, стр. 592-595.

13 Негативни вид слободе удруживања- клаузуле „затворене радње“ представљају ограничења слободе удруживања тако што се сигурност радног места везује за припадност, односно не припадање неком синдикату. „Closed shop“, односно клаузуле затворене радње се јављају у два облика: „унапред затворена радња“- радник је дужан да приступи синдикату са којим је послодавац закључио колективни уговор о раду, као услов запослења; „накнадно затворена радња“- запослени који није члан поменутог синдиката, дужан је да му се придружи, као услов задржавања радног места. Више о томе: Бранко Лубарда, *Европско радно право*, „ЦИД“ Подгорица, 2004, стр. 60-69.

службеника, нити ће се тумачити тако да у било ком смислу нарушава њихова права или статус (чл. 6).

Право на удруживање одређених категорија радника

Синдикална права у државним службама

С обзиром да Конвенција бр. 87 и Конвенција бр. 98, као основни документи који уређују област слободе удруживања радника и послодаваца, садрже одредбу којом из своје примене изузимају припаднике војске и полиције, као и чињеница да се ни једна ни друга не баве положајем државних службеника, јавила се потреба доношења посебног документа који би попунио ову празнину.

Тако је донета Конвенција бр. 151 о радним односима у државној служби из 1978. године. Ова конвенција се, начелно, односи на све запослене у државној служби односно управи. Међутим, како је ово посебно осетљива област радних односа за све државе чланице МОП-а, није било могуће постићи потпуни консензус о овом питању и оставити Конвенцију бр. 151 да у потпуности регулише питање запослених у државној управи. Поново се прибегло решењу које одређује да је на националним законима и прописима да одреде степен до којег ће се гаранције обезбеђене у конвенцији примењивати на: а) високе чиновнике чије се функције нормално сматрају политичким или управним; б) запослене чији је посао изразито поверљиве природе; в) војску и полицију.¹⁴

Предвиђен је исти обим заштите од анти-синдикалне дискриминације и аката мешања, као и за остале категорије радника. Такође су радници запошљени у државној управи изједначени са осталим категоријама у погледу олакшица које се признају представницима организација.

Конечно, Конвенција бр. 151 одређује да ће „државни службеници, као и други радници, имати грађанска и политичка права есенцијална за нормално уживање слободе удруживања, које је ограничено само обавезама које произилазе из њиховог статуса и природе њихових функција“.¹⁵

Право на удруживање организација пољопривредних радника

Инструменти МОП-а који се баве регулисањем у овој области су: Конвенција бр. 11 о праву удруживања пољопривредних радника из 1921. године; Конвенција бр. 141 о организацијама радника у пољопривреди из 1975. године. (као и пратећа Препорука бр. 149).

Конвенцијом бр. 11 државе чланице се обавезују да осигурају свима који су запослени у пољопривреди иста права на удруживање као и индустријским радницима. Ова обавеза се проширује и на укидање сваке статутарне или друге одредбе којом се радницима у пољопривреди ограничавају ова права.

¹⁴ А. Петровић, *op. cit.* стр. 107-108.

¹⁵ *Ibid.*

Конвенција бр. 141 истиче право радника у пољопривреди да оснивају или се придружују организацијама по свом избору у циљу учествовања у економском и друштвеном развоју и у бенефицијама које из њега проистичу. Препоруком бр. 149 развијају се принципи постављени у Конвенцији бр. 141, уз коју је донета. Истиче се улога организација радника у пољопривреди у побољшању њиховог приступа услугама као што су кредити и превоз, у унапређивању образовања, обуке и услова рада и у проширивању социјалног осигурања и основних социјалних служби.¹⁶ Препорука се даље залаже за усвајање одговарајућих мера како би се омогућило ефикасно учешће оваквих организација у формулисању, имплементацији и евалуацији програма аграрне реформе.¹⁷

Слобода удруживања и колективно преговарање

Промовисање колективног преговарања представља једну од основних мисија МОП-а. Промоцију ове мисије извршила је Филадельфијска декларација: „Свечана је обавеза МОП-а да међу народима широм света унапређује програме којима ће се постићи... ефикасно признавање права на колективно преговарање“ (чл. III е). Принцип колективног преговарања установљен је Конвенцијом бр. 98 о праву на организовање и колективно преговарање (1949). Из самог назива поменуте конвенције закључује се да су слобода удруживања и колективно преговарање сврстани у основне циљеве деловања МОП-а, као и став да се ефикасно могу остварити једино уз координисану акцију која је усмерена на обе области. Да би право на колективно преговарање било признато и заштићено, као један од предуслова се јавља поштовање права на слободу удруживања, као фундаменталног људског права. Поред Конвенције бр. 98, као инструмент регулисања ове области јавља се и Конвенција бр. 154 о колективном преговарању (1981) као и Препорука бр. 91 о колективним уговорима (1951).

У поменутим документима, колективно преговарање се сматра активношћу или процесом који се води ка закључивању колективног уговора. Термин „колективно преговарање“ се односи на све преговоре који се воде између послодавца, групе послодавца или једне или више организација послодавца с једне стране, и једне или више организација радника с друге стране, ради: а) утврђивања услова рада и запослења; и/или регулисања односа између послодавца и радника; и/или регулисања односа између послодавца или њихових организација и организације или организација радника.¹⁸ Колективни уговор је сваки споразум између поменутих организација, у писаној форми, који се односи на неко од питања наведених у подели из овог пасуса.

¹⁶ А. Петровић, *op. cit.* стр. 105.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ А. Петровић, *op. cit.* стр. 125.

Колективни уговор има обавезујућу природу (тако је установљено Препоруком бр. 91). Поред тога, колективни уговор има предност над индивидуалним уговором о раду, са изузетком клаузула које су повољније за раднике од оних које су наведене у колективном уговору.

Конвенција бр. 98 из своје примене изузима припаднике војске и полиције, односно оставља државама чланицама да одреде обим примене ове конвенције на поменуте категорије радника. Што се тиче Конвенције бр. 154, она подрстиче колективно преговарање и у приватном сектору и у државним службама (са изузетном војске и полиције), уз једну резерву да национални закони или прописи или национална пракса могу уредити „специјалне модалитете примене“ конвенције у односу на државне службе. Занимљиво је истаћи да се Конвенција бр. 154 не односи на утврђивање услова рада у јавном сектору путем „колективних уговора“ (који у многим земљама имају снагу закона), већ „уговорима у јавном сектору“ (који немају својство обавезности). Овим је још једном потврђено да војска и полиција, као и јавни службеници чије се функције по правилу сматрају политичким, представљају изузетно осетљиво питање за државе чланице МОР-а, те стога не треба чудити чињеница да је ова клаузула флексибилности предвиђена у свим инструментима који се односе на поменуте категорије радника.

Као услови за вођење колективних преговора наводе се: репрезентативност синдиката; питање повлашћеног или ексклузивног права на преговарање (за одређене категорије радника у државној служби); принцип слободног и добровољног преговарања; принцип поштене намере; као и право на информисаност.

Повезаност слободе удруживања и права на колективно преговарање истицано је и у извештајума Одбора експерата МОР-а (наводи се став да садржина слободе удруживања укључује и право на слободно колективно преговарање, као један вид у коме се испољава).

Контрола примене међународних стандарда рада који се односе на слободу удруживања

Једна од карактеристика МОР-а, која ову организацију одваја од других сталних организација међународног права, је чињеница да је међу првима установила систем међународног надзора над испуњењем обавеза које су државе преузеле на основу усвојених конвенција и препорука. Циљ надзора над применом међународних стандарда рада је да обезбеди стварну и ефикасну примену конвенција и препорука, у првом реду на националном нивоу.

Као механизми надзора наводе се процедуре везане за контролу периодичних извештаја држава чланица и процедуре које се односе на надзор преко жалбеног поступка.

У категорију редовних поступака надзора¹⁹ спадају:

Надзор преко периодичних извештаја

Државе чланице су у обавези да МОР обавештавају о стању законотавства и праксе у областима на које се односе конвенције које су дотичне државе ратификовале. Поред тога, оне су у извештајима дужне да наведу мере које су предузеле у циљу остваривања обавеза преузетих конвенцијом. Ови извештаји се шаљу (према важећим прописима) на сваких пет година, с тим да се у областима од посебног значаја извештаји шаљу сваке две године. Постоји још једна специфичност везана за поступак контроле преко извештаја држава чланица. Наиме, поред држава које су ратификовале конвенцију (самим тим преузеле обавезу извештавања), и државе које нису ратификовале дотичну конвенцију, дужне су да шаљу периодичне извештаје али само о стању законодавства у области на коју се односи конвенција.

Жалбени поступак

Поступак по приговору (рекламацији)- Приговор су овлашћени да подносе удружења послодаваца и радника против држава које су ратификовале дотичну конвенцију. Приговор се подноси поводом наводног кршења неке обавезе коју је држава преузела ратификацијом. Приговор разматра Одбор састављен од стране Административног савета МОР-а (трипартитни састав у односу 1:1:1). Одбор доставља приговор на одговор дотичној држави и у колико није задовољан истим, приговор може јавно објавити. Ова јавна објава представља својеврсан тип моралне и политичке санкције али нема обавезујући карактер нити налаже држави против које је поднет било какво поступање у вези са њим.

Поступак по тужби- Тужбу су овлашћени да подносе државе које су ратификовале дотичну конвенцију, као и њихови држављани у случају да су претрпели непосредну штету, против државе потписнице конвенције која наводно својим чињењем или нечињењем крши неку од њених одредби. Поступак пролази кроз више фаза. Након спроведеног својеврсног доказног поступка Одбор (трипартитни састав) доноси препоруку за поступање дотичне државе. У колико се држава оглуши о ову препоруку, Одбор тужбу упућује Међународном суду правде, чија је одлука, о овом питању, коначна.

Поред ових, редовних, процедура надзора над применом међународних стандарда рада, постоје и посебне процедуре контроле. Једна од њих је и посебан поступак по тужби због повреде начела слободе удруживања. Увођењем оваквог

¹⁹ Подела на редовне и посебне процедуре надзора над применом међународних стандарда рада је, пре свега, теоријске природе. Аутори из области Радног и Међународног радног права нису постигли консензус о овом питању. Подела наведена у овом раду следи поделу коју је дао проф. Александар Петровић, у монографији Међународни стандарди рада, која је у више наврата цитирана у овом раду.

посебног поступка контроле, који се односи на стандарде везане за слободу удруживања, још једном је истакнут значај и посебно место које они заузимају у оквиру делатности МОР-а.

Активну легитимацију за подношење тужбе због повреде начела слободе удруживања има исти круг субјеката као и код тужбе поднете у редовном поступку. Оно што овај поступак, као и ову тужбу, чини посебним је чињеница да се као пасивно легитимисани субјекти могу наћи, како држава која је ратификовала Конвенције бр. 87 и бр. 98, тако и државе које то нису учиниле, а својим понашањем крше неку од одредби поменутих конвенција.

Још једна од карактеристика ове посебне процедуре је постојање посебних тела, формираних од стране Административног савета. Ова тела се формирају и дејствују у различитим фазама поступка. Тако Комисија за слободу удруживања (трипартитни састав 3:3:3) делује у фази у којој је могуће да се постигне неформално решење спора између сукобљених страна. У колико се решење не нађе у овој фази, формира се Комисија за истраживање и мирeње (састављена од независних особа са највишом професионалном способношћу, именује их Административни савет). Ова Комисија следи процедуру која је предвиђена у редовном поступању по тужби.

Контрола примене стандарда кроз рад посебних тела МОР-а

Током година, квазисудски органи МОР-а, установљени да врше надзор над применом међународних стандарда рада, често су доносили прецизна тумачења о обиму и значају појединих одредби конвенција МОР-а. Најважнији међу њима су свакако Одбор стручњака и Одбор за слободу удруживања. У вршењу квазисудске функције установили су право случаја (case law).²⁰

Смисао доношења одлука и принципа Одбора стручњака је тежња за подробнијом разрадом циљева и ставова МОР-а у конкретној области деловања. Одбор је кроз своју делатност био посебно заинтересован за примену Конвенција бр. 87 и бр. 98.

Што се тиче одлука Одбора које се односе на право радника да без било какве разлике оснивају и приступају синдикату, Одбор наглашава да је члан 2 Конвенције бр. 87 осмишљен тако да представља одраз принципа недискриминације по питању синдикалног организовања, а да речи „без било какве разлике“ треба тумачити тако да односе на дискриминацију по питању занимања, пола, боје коже, расе, уверења, националности, политичких ставова, идт. То се не односи само на запослене у приватном сектору, већ и на запослене у војсци и полицији²¹. То практично значи да се овај принцип не може подвести под одредбе које омогућавају државама чланицама да одређена

²⁰ Опширније о томе: А. Равнић, *op. cit.* стр. 625 и даље.

²¹ ILO: Digest of decisions and principles..., *op. cit.* para 209; also and 308th Report, Case No. 1900, para. 182

питања о синдикалном организовању припадника војске и полиције регулишу на посебан начин.

Посебно се обраћа пажња на дискриминацију по питању политичке опредељености. Одбор је мишљења да би радницима требало обезбедити слободу синдикалног организовања на онај начин на који они сматрају неопходним у конкретним политичко, економско, социјалним околностима, без обзира да ли они подржавају социјални и економски модел уређења државе који спроводи влада, укључујући партије на власти.²²

Одбор се такође бавио правом на слободу удруживања радника миграната и подсећа да су било која ограничења у овој области дозвољена само за припаднике оружаних снага и полицију, те стога нема места ускраћивању права радницима мигрантима да слободно приступају синдикату и да оснивају исти.

Да право на слободу удруживања не би остало мртво слово на папиру, државе чланице се морају уздржати од увођења обавезе о претходном одобрењу за рад синдиката, као и од тежње да у националном законодавству предвиде додатне формалне компликације у поступку регистрације синдиката²³.

Став Одбора је да, у случају да је одређен минимални број чланова синдиката потребан за његову регистрацију, тај број буде разумно одређен и то након консултација са представницима радника и послодаваца.

Право радника да оснивају и приступају организацијама по слободном избору посебно подразумева да радници слободно одлучују о: избору структуре и састава организација; оснивању једне или више организација у било ком предузећу, професији, грани или делатности; као и о оснивању федерација и конфедерација²⁴.

Право синдиката на организовање сопствене управе обухвата право на слободан избор синдикалних представника, органа синдиката као и аутономију и финансијску независност, заштиту средстава и имовине синдикалних организација.

Све унутрашње акте синдикалне организације доноси посебно тело (скупштина), која је састављена од чланова синдиката, на демократски начин, из чега следи да овако изабрани орган представља врховни орган одлукивања. Свако мешање у рад овог органа, од стране државних власти представља кршење одредаба Конвенција МОП-а.

Уколико законодавства држава чланица предвиђају могућност да државна администрација, само на основу своје дискреционе оцене, испитује унутрашње односе синдиката, можемо говорити о неслагању таквих одредби са чланом 3

22 ILO: Digest of decisions and principles..., op. cit. para 213; ; also and 332th Report, Case No. 2258, para. 515

23 ILO: Digest of decisions and principles..., op. cit. para 272-278.

24 А. Петровић, op. cit. стр. 113.

Конвенције бр. 87²⁵. Контрола рада синдикалних организација је могућа само на основу закона и од стране судских, а у изузетним случајевима и извршних власти држава чланица.

Слобода организовања сопствене администрације подразумева и могућност слободног располагања синдикалном имовином и средствима, као и обавезу државних власти да синдикату осигура неповредивост простора, кореспонденције и комуникације²⁶.

Резиме

Слобода синдикалног удруживања је превалива далек пут од 1919. године и Устава МОР-а и добила статус основног људског права. Филадельфијска декларација (1944) је први документ који слободу удруживања третира као основни, фундаментални принцип. Декларација из 1998. слободу удруживања сврстава у ред оних права које се морају поштовати иако се конвенције у овој области нису усвојиле. Ова обавеза за државе чланице настаје на основу самог чланства у Организацији. Важност и повезаност слободе удруживања са осталим сегментима живота и рада људи у више наврата је истицао и Одбор експерата, као једно од најважнијих стручних тела Организације.

Допринос који је МОР пружио у афирмацији слободе удруживања у свету је изузетан. Чињеница да је Међународна организација рада је 1969. године добила Нобелову награду за мир, због својих достигнућа у области међународне заштите фундаменталних људских права, укључујући и право на синдикално удруживање, најбоље сведочи о важности улоге коју је МОР одиграо у промовисању слободе удруживања.

Међутим, на почетку друге деценије XXI века, пред слободом удруживања и институцијама задуженим за њену заштиту, стоје бројни изазови које модернизација земаља трећег света и глобализација са собом носе. МОР због тога не спава на ловорикама ранијих успеха, већ припрема даље акције које би требало да успешно одговоре на нове изазове. Декларација о социјалној правди у циљу праведне глобализације (2008) је почетак нове етапе у борби за постизање старог циља, а то је пружити неопходан степен заштите слободи удруживања и лицима која ту слободу уживају.

²⁵ ILO: Digest of decisions and principles..., op. cit. para 461.

²⁶ А. Петровић, op. cit. стр. 115.

Ivan Barun, LL.B.

*Post-graduate student of Doctoral studies,
Faculty of Law, University of Niš*

ILO AND FREEDOM OF TRADE UNION ASSOCIATION

Summary

The freedom of trade union association went from 1919 and the constitution of the ILO (International Labor Organization) and got the status of a basic human right. The declaration of Philadelphia (1944) was the first document that freedom of association treated as the ground and fundamental rule. (1998) Declaration classified this freedom as the rights that had to be respected, even though the conventions from this field were not adopted. This obligation for the countries that were members was the result from the membership itself in the organization. The importance and connection of freedom of unions with other parts of people's lives and works was underlined by the Committee of experts as one of the most important committees in the organization.

The contribution that the ILO made regarding the affirmation of freedom of trade union association around the world was enormous. The fact that the International Labor Organization got the Nobel Peace Prize because of its achievements in the field of international protection of fundamental human rights including the right of labor unions showed the importance of the role that the ILO played in the promotion of freedom of labor unions.

However, in the beginning of the second decade of the 21st century freedom of association and the institutions for its protection were challenged by the globalization and the modernization of the third world. Due to this fact the ILO did not lean on the previous achievements but rather prepared other actions that should successfully respond to new challenges. The declaration about social justice aiming to the rightful globalization (2008) was the beginning of the new stage in the fight for the old aim, and that implied giving necessary degree of protection to both freedom of association and the persons who had that freedom.

Key words: *freedom of association; Trade Unions; fundamental principles; International Labour Organization.*