

Универзитет у Нишу
Правни факултет

ПРОЈЕКАТ
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА
СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ"

ЗБОРНИК РАДОВА
КЊИГА ТРЕЋА

Ниш, 2016.

ПРОЈЕКАТ
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ"

ЗБОРНИК РАДОВА
КЊИГА ТРЕЋА

Издавач
Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача
Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник
Проф. др Мирослав Лазић

Рецензенти
Проф. др Родна Живковска, Редовни професор Правног факултета Јустинијан
Први, Скопје, Македонија
Проф. др Срђан Голубовић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу
Проф. др Саша Кнежевић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу
Проф. др Ђорђе Николић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу
Др Дарко Радић, доцент Правног факултета Универзитета у Бањалуци

Преводи
Гордана Игњатовић

Технички уредник
Ненад Милошевић

Штампа
„Медивест“ Ниш

Тираж
100

ISBN 978-86-7148-216-5

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

САДРЖАЈ

Проф. др Марко Трајковић, Проф. др Војислав Ђурђић, ПРАВО КАО МЕРА ПРОПИСАНА ЗЛУ	19
Проф. др Зоран Радивојевић, ПОСТУПЦИ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ ЗАКОНИТОСТИ РАДА ИНСТИТУЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	13
Проф. др Драган Николић Доц. др Александар Ђорђевић РЕЦЕПЦИЈА КРИВИЧНОГ ПРАВА ПРУСКЕ У IX И X ГЛАВИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА КНЕЖЕВИНЕ СРБИЈЕ	33
Проф. др Драган Чорбић, МАРКSOVA КРИТИКА ХЕГЕЛОВИХ ПРАВНО-ПОЛИТИЧКИХ ИДЕЈА	43
Проф. др Предраг Димитријевић, Доц. др Дејан Вучетић, УПРАВЉАЊЕ РЕГУЛАТОРНИМ ПРОЦЕСОМ	61
Проф. др Драган Јовашевић, МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ И ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗОВАНИ КРИВИЧНИ СУДОВИ.....	81
Проф. др Мирослав Лазић, КОНЦЕПЦИЈА ЛИЧНИХ ПРАВА У СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ.....	103
Проф. др Ђорђе Л. Николић, ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ САЗИВАЧА ЈАВНОГ СКУПА.....	119
Проф. др Марина Димитријевић, ОСНОВЕ ПРОГРАМСКОГ БУЏЕТИРАЊА	135

Доц. др Тања Китановић,
УСВОЈЕЊЕ У САВРЕМЕНОМ СВЕТУ149

Доц. др Душица Миладиновић-Стефановић,
МАЛОЛЕТНИЧКИ ЗАТВОР –
НАПОМЕНЕ О СПЕЦИФИЧНОСТИМА РЕДОВНОГ
ОДМЕРАВАЊА У ПРАВУ СРБИЈЕ –163

Доц. Др Михајло Цветковић,
ПРЕСТАНАК ПОКЛОНА МИМО ТРАДИЦИОНАЛНИХ
РАЗЛОГА ЗА ОПОЗИВАЊЕ181

Сања Ђорђевић Алексовски,
ДЕФИНИСАЊЕ ЗЛОЧИНА АГРЕСИЈЕ КАО АКТА ПОЈЕДИНЦА195

Иван Илић,
Ивана Миљуш,
ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА О ПОЛОЖАЈУ
ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ221

Милица Вучковић,
ЈАВНА СВОЈИНА И СТИЦАЊЕ ПРАВА (ПРИВАТНЕ) СВОЈИНЕ
НА ОБЈЕКТИМА ЈАВНЕ СВОЈИНЕ.....239

**Извештај о научно-истраживачком раду на пројекту "Усклађивање
права Србије са правом Европске уније" за 2015. годину.....255**

Др Марко Трајковић,

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Војислав Ђурђић,

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРАВО КАО МЕРА ПРОПИСАНА ЗЛУ

Апстракт: *Да ли је право заиста створено за оне духове који сами од себе не желе да препознају вредности, те да се по њима понашају? Одговор друшта на зло представљено је у облику права, те је оно постало оруђе заштите друштва. Друштво се штити од насртаја путем права, које и само ставља у изглед потенцијалним починиоцима недела зло које ће им се десити ако почине нешто „наопако“. Дакле, и право у себи носи потенцијал „зла“ макар то видели само они над којима се примењује санкција. Међутим, и само право на веома рафиниран начин може да буде извор зла, ако се нађе у рукама оних који су спремни да га злоупотребе, те онда уместо одговора на зло оно постаје извор зла. Тражећи меру прописану злу човек тражи и најбољи одговор на питање сопствене егзистенције.*

Кључне речи: *право, вредности, мера, зло, добро.*

Увод

Како да право као оруђе друштва и државе одговори на зло које стоји пред њиховим „вратима“? Тражећи одговор на то питање човек је нашао право, које је постало његово најбоље оруђе за заштиту. Чак се некад показује бољим и од голе силе, јер најпре није тако „огољено“ насиље, али у себи садржи силу коју му је подарила држава која ће се „потрудити“ да ту силу, сада путем права“ примени. Дакле, овде смо на разини сасвим легитимне примене силе, легитимне бар када „питамо“ државу шта мисли о сили коју путем права примењује.

Сила која стоји у одређењу права може бити одговор на зло које су починиоци „недела“ нанели некоме. Али, истовремено она може бити и узрок новог зла. Дакле, право може бити мера прописана злу које се изазива

од стране починиоца „недела“ али може бити уколико је неоправдано примењена и сама зло. На тај начин друштво бива изложено примени закона са злочиначком садржином, што није редак случај.

1. Право и зло

Ако право влада, односно Платонове мудро састављени закони, онда је право „краљ“ који влада на неком астероиду. Те тако „На првом астероиду је живео неки краљ. Седео је, обучен у пурпур и хермелин, на веома једноставном али ипак величанственом престолу“.¹ На таквог краља право веома често личи, још само да нађе поданика који ће га слушати, још само да узвикне: „Ах! Ево једног поданика – узвикну краљ кад угледа малог принца“.²

А када се ми и упитамо па како нас је краљевско величанство – право, препознало, а није нас видело, одговор је понова једноставан јер је „за краљеве свет врло поједностављен. За њх су сви људи поданици“.³

Када у држави потражимо где да „седнемо“ ми убрзо видимо да немамо места где да седнемо по сопственом избору јер је све у друштву и држави „прекривено величанственим плаштом“⁴ права. Дакле, држава је многе друштвене односе претворила у правне и ставила их под правну заштиту. Право као право држи до себе, јер је владар а то чини сваки владар и као и сваки тако и право издаје разумна наређење сагласно стварним могућностима: „Тачно. Од сваког треба тражити оно што он може да пружи – настави краљ. – Ауторитет се првенствено базира на разуму. Ако свом народу наредиш да се баца у море, он ће се побунити. Ја имам право да захтевам послушност зато што су моја наређења разумна“.⁵

Зашта захтевамо право? Ми видимо право као оруђе за уређење друштвених односа који морају да почивају на друштвено-правној вредности правде, која није одсуство већ пунина. А „Зло је увек одсуство, недостатак некаквог добра које би у датом бићу требало да постоји“.⁶ Оно што праву увек измиче је да и поред његове жеље за свеобухватним превентивним уређењем друштва зло ипак извире, настаје и делује, те: „То како зло ниче развија

1 А. де Сент-Егзипери, *Мали принц*, ПАРТЕНОН, Београд, 2015, 48.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 А. де Сент-Егзипери, *Мали принц*, 52.

6 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, Београд, 2008, 11.

се на здравом темељу добра претставља унеколико тајну⁷. То како зло „ниче“ а право га не зауставља представља вечито питање за право. Али егзистенција човека се наставља јер је човек то „добро које зло није успело да уништи, које, у извесном смислу, буја упркос злу, и то на истом тлу“⁸.

Опет овде настаје питање мере деловања права, јер не желимо да право својом „делатношћу“ уништавајући зло уништи и добро те: „Сетимо се јевађелске параболе о пшеници и кукољу (Мт 13 24-30). Када слуге питају господара: „Хоћеш ли, дакле, да идемо да га почупамо (кукољ)?“, он одговара на осебујан начин: „Не, да не бисте чупајући кукољ почупали заједно с њим пшеницу“⁹. Дакле, од права се захтева да буде „мудри“ господар који ће знати меру прописану неделу јер: „Историја људског рода попреште је коегзистенције добра и зла. То значи да зло постоји надомак добра, али и да се добро врежи покрај зла, расте, некако, на истој подлози људске природе“¹⁰. Зато када нас краљ-право постави за „министра правде“¹¹ први поданик коме ћемо судити смо ми јер „То је најтеже. Теже је судити себи него другима. Ако успеш дса исправно судиш себи, значи да си заиста мудар“¹². Но то је веома тешко, ако у појам права као савршене целине, укључимо несавршеног човека који размишља овако: „Хм! Хм! Чини ми се да на мојој планети има негде један стари пацов. Чујем га ноћу. Можеш да судиш том старом пацову. С времена на време осудићеш га на смрт. Тако ће његов живот зависити од твоје праведности. Али ћеш га сваки пут и помиловати, да га сачуваш. Јер он је једини кога имам“¹³. Зато ће за право остати као најважнији задатак да његов правник проникне у „филозофију зла“¹⁴. Пошто је зло „моћна стварност“¹⁵ право се мора окренути тој стварности које увек „активна“ јер: „Зло није мањак, већ живо биће, духовно, изопачено и покварено. Застрашијућа стварност. Тајанствена и страшна“¹⁶. Та се стварност опире вредностима, она вредности препознаје, али их одбацује и „вреба у засједи на моралну равнотежу човјека“¹⁷. О тој

7 Ibid., 11-12.

8 Ibid., 12.

9 Ibid.

10 Ibid.

11 А. де Сент-Егзипери, *Мали принц*, 53.

12 Ibid., 54.

13 А. де Сент-Егзипери, *Мали принц*, 54.

14 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 13.

15 Ј. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*, VERBUM, Split, 2001, 130.

16 Ibid., 128.

17 Ibid.

моралној равнотежи ваља да право води рачуна, о њој право мора да се пита. Та мера права мора да води рачуна о динамици живота, о разним новим изазовима који делују на човека јер то зло је: „Злобни чаробњак који се у нас увлачи (путем осјетила, маште, пожуде, утопистичке логике, дезорјентираних социјалних односа) како би проузроковао застрајења ...“.¹⁸ На та многа и веома честа „застрајења“ ваља да право посебно окрене своје „пажљиво“ око, а не да поступа као „неки уображенко“.¹⁹ Тако ће право избећи замку самодовољности, самодопадљивости и саморазумљивости, те ће према људима поступати као према грађанима којима служи а не као према својим „обожавачима“ којима наређује да му се диве, јер „Дивити се значи признати да сам ја најлепши, најбоље обучен, најбогатији и најпапетнији човек на овој планети“.²⁰

А право у својој „вечитој“ борби за боље право и друштво мора да буде хумано, а не да има лице „једног пословног човека“²¹ који нема „времена за сањарење“²² те свему приступа само озбиљно негирајући чињеницу да: „Сачувати ведрину у суморној и прекомерно одговорној ствари није мала вештина: па ипак, шта би било нужније од великог расположења“.²³ Истовремено, право не поседује људе, већ људи поседују право. Један, „послован“ човек права тако сматра да он поседујући право поседује друге људе, што је искривљено и опасно гледиште. Такав правник сматра да није краљ јер он има више од краља који влада али не поседује. Овај „пословни“ правник са људима поступа тако што њима управља, броји и пребројава, „То је тешко. Али ја сам озбиљан човек“.²⁴ А шта када се због таквог права и „пословног“ правника „социјалне везе покидају“²⁵

Данас се дешава да се у друштвима покиданих социјалних веза развија страх не толико од „великог рата, него страх од свеprisутног терора, који може да избије и постане делотворан на сваком месту“.²⁶ Због ове врсте зла човек мора постати обазрив јер: „Сада видимо да човечанству уопште није потребан велики рат да би на свету постало немогуће живети“.²⁷ Тако

18 Ibid., 128-129.

19 А. де Сент-Егзипери, *Мали принц*, 56.

20 Ibid., 57-58.

21 Ibid., 61.

22 Ibid., 62.

23 Ф. Ниче, *Сумрак идола или Како се филозофира чекићем*, Нови Сад, 1999, 5.

24 А. де Сент-Егзипери, *Мали принц*, 65.

25 Ј. Хабермас, Ј. Рацингер, *Дијалектика секуларизације*, Досије, Београд, 2006, 23.

26 Ibid., 37.

27 Ibid.

се право веома често у данашње време бори са „анонимним силама терора које могу бити присутне на сваком месту“²⁸ те се ова борба претвара у борбу са „духовима“ прошлости, али и садашњости, па чак иако то није најисправније рећи и будућности. Таква стварност којој ваља прићи са разине динамике нуди злочиначке елементе који могу да испуне читаву стварност па и само право. Зато ваља бити посебно обазрив у стварању права те без икаквих резерви испитати онтолошке корене сваке правне одлуке. Ако поступимо супротно, право ће од борца за добро постати велики потенцијал разарања.

2. Шта када је право извор зла?

Сада добор, зло постоји, може бити неорганизовано и организовано, стихијско и планско, али шта када право уместо да одговори на зло постане и само темељ тог зла. Тада „насупротив прописаном праву, које може бити неправо, ипак мора постојати неко право које происходи из природе, из човековог бивствовања самог. Ово се право мора наћи и оно онда чини коректив позитивном праву“.²⁹

Право засновано на вредностима постаје „аргументациона фигура“³⁰ којом се супротстављамо злу. Такво право постаје мера одговора на зло. Право онда није само оруђе краља или „пословног“ правника оно је „пре и изнад државе“.³¹ Како би тај краљ или „пословни“ правник могли да објасне своју везаност законом ако је он, закон, само „вођина заповест“.³²

Тако да поједноставимо, право мора да прихвати сопствену филозофију и аксиологију јер „Проблеми моралног живота јесу прапроблеми с којима се непрекидно боре филозофије и сам живот. Вечна борба филозофије води се око проблема моралнога и доброга. То је само симболични израз за вечну борбу самог живота за своје моралне садржаје“.³³

Шта то ми инстинктивно захтевамо од нас и нашег права? Захтевамо „да човек буде добар“³⁴ ето то нас једноставно обузме. Дакле, обузимајући нас ова борба овај *agon* је „наша вечна људска борба у којој се непрекидно

28 Ibid.

29 Ibid., 40.

30 Ј. Хабермас, Ј. Рацингер, *Дијалектика секуларизације*, 41.

31 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 7.

32 Ibid.

33 А. Либерт, *Идеја моралнога*, Досије, Београд, 2006, 5.

34 Ibid.

налазимо“.³⁵ Ако би нас једино одређивала послушност вођиним заповестима, односно праву, то би нас како и стоји у енциклици папе Лава XIII водило ка „незадрживом слому“.³⁶ Тада би право постало догма, а правници апологете. А то би било извор зла, са којим право не може да се „обрачуна“. Он, правник не може да из тог „обрачуна“ изађе као победник јер он „гради свој стан у кодексу позитивних закона: али он не станује у њему, него самог себе претвара у затвореника, не усуђује се да гледа преко његових високих зидова ...“.³⁷

Шта је борба са злом? То је борба за човека и његова права, а „Тек кад су права постала извесна, тек онда, о државо! можеш да осигураш та права“.³⁸ Али, остаје као питање да ли се може сумњати, или се мора остати веран догми? Да ли је догма зло? Да ли најнеправеднијем краљу или „убраженку“ можемо да докажемо њихове злочине? Ова ће питања бити узрок многих неслагања, те ће произвести и сукобе из којих се може родити зло.

Постоји могућност да се у овом „обрачуњу“ појавимо ко „филозофски правни научници“ који су се „уздигли од слугу закона до њихових господара, порицали законско ради правног, одагнавши формално важеће право у корист онога које филозофски важи, сабили позитивно у облике које су сами начинили – чешће – у завртање научених теорија, и одбацили у страну грађу ако је била сувише крута да се савије без сламања, уз сажаливо јадиковање због остатака застерелих варварстава и у гордом тријумфу због светлости бољих дана“.³⁹ У овом претеривању „јадиковања“ и „гордом тријумфу“ налази се сва грешка једностраности. Јер, да би право постало права мера прописана злу оно мора да задржи свој особени карактер и своју „особену научну грађу“.⁴⁰ Дакле, само чист интегралистички приступ може да омогући да позитивно право постане испуњено аксиолошким садржајем који боље него ико препознаје карактер зла, а да истовремено остане потпуно правно-формално примењиво. Ово се мора догодити јер се зло на зло мора одговорити, а тај одговор мора да буде и формално-правно јасан. Ово ће онда бити дан када се неће „ниједно неправо више признати,

35 Ibid., 15.

36 Ibid., 28.

37 А. Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, Досије, Београд, 2008, 8.

38 Ibid., 11.

39 А. Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, 9-10.

40 Ibid.

ниједно неправо више засновати као право⁴¹ и неће моћи да буде нови извор зла, те ће настати „мир за свет“.⁴²

А да би постигли тај „мир за свет“ потребно је одбацити владајућу представу о правнику, да је то „виши државни чиновник с академским образовањем, седи у својој собици наоружан само једном машином за мишљење, наравно, једном од најизврснијих. Једини намештај те собице јесте један зелени сто на којем пред њим лежи државни законик. Човек му даде какав било случај, стварни или само измишљени, и сходно својој дужности он ће бити кадар да помоћу чисто логичких операција и једне тајне технике, само њему схватљиве, а апсолутном егзактношћу покаже решење које је законодавац предходно одредио у законнику“.⁴³ Овакав правник личи на „пословног“ правника који збраја да би збрајао, а на крају да би поседовао, јер је „лепо“ поседовати. Али, збрајање није одговор на зло, већ само „гомилање“. Дакле, на зло се не може одговорити ако се заузме позиција чисте моћи и позиција која се може означити као „правно лудило величине“.⁴⁴ Одговор који ми тражимо за овакву ситуацију, који се својом нужношћу одговора на зло намеће, налази се у поставци: „Наша је намера да откријемо само један општеважећи формални метод којим се нужно променљива грађа емпиријски условљених правних одредаба тако обрађује, дотерује и одређује да та грађа добија својство онога што је објективно исправно“.⁴⁵ То је та методолошка интеграција у праву која је могућа и неопходна, али је након ње очекивана и интеграција најбољег у правној науци. Овим се избегава апсолутно изједначавање права и морала што је неопходно јер сваки од ових феномена има свој спецификум, али се избегава и самовоља „код које заповедник неће сам да буде везан за своје заповести“.⁴⁶

На овај начин право мора да буде мера прописана злу и нека врста „мисли о социјалном идеалу“.⁴⁷ Тај „социјални идеал“ одговара стању мира и просперитета друштва које се може постићи интетрацијом вредности и права. Све супротно од овога чини да право буде далеко од мере прописане злу, а истовремено оставља да и само право може да постане зло. Ако право постане зло, тада друштво неће имати други одрганизовани облик одговра

41 Ibid., 15.

42 Ibid.

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

44 Ibid., 15.

45 Ibid., 45.

46 Ibid., 47.

47 Ibid., 50.

на зло. Наравно, наглашено је организовани облик одговора, што одмах наводи на чињеницу да постоје и други облици одговора на зло, али они због своје спонтаности и стихијског карактера могу бити изузетно опасни по друштвену сигурност. Те је зато неопходно да тај део правне заповести, односно диспозиција, буде што потпуније аксиолошки обликован. Када би постојао неки облик или форма мишљења у којем би друштво могло да искаже своју организовану борбу проптив зла, ми би о њој говорили или њој стремили. Како тога нема, ми се потпуно морамо посветити усавршавању онога што имамо, усавршавању права.

Потпун одговор на зло, захтева интегрализам који не прихвата да се „нормативистичко мишљење чини једино разумним правним мишљењем, а свака друга врста мишљења непојмљивом, мистичном, фантастичном или смешном“.⁴⁸

Данашња ситуација са негативним тенденцијама које иду ка рађању зла захтева стварање вредносног менталитета и „буђење врједносне свјести“.⁴⁹ Ово стварање вредносног менталитета се као тенденција „обзнањује у сталном развоју важећег права, у његову увјек живом стварању новог кроз доношење закона“ те ми стојимо својим вредносним менталитетом пред „дјеловањем врједносне свијести о праву“.⁵⁰ У таквој ситуацији правни институти добијају у своје одговору на зло „високи ступањ етичког значења“.⁵¹

Без „високог ступња етичког значења“ у праву долазимо до одлука које су: „на пример; у Трећем рајху доносиле личности демократски изабране власти које су кроз таква решења остваривале подмукли програм расистички надојене идеологије националсоцијализма. Сличне одлуке доносила је и комунистичка партија у Совјетском Савезу и у земљама подвргнутим максистичкој идеологији. У том контексту вршило се истребљење Јевреја, као и других националних и сталешких група... Прогоњени су били, исто тако, и сви они које је систем сматрао неподобним: на пример, саборце из времена „септембра 1939“, војнике Армије Крајове у Пољској после Другог светског рата, као и представнике интелигенције који нису прихватили марксистички или нацистички поглед на свет. Обично је посреди била физичка елиминација, а с временом и морална деградација: човеку су на мање или више драстичан начин одузимана права која су му припадала“.⁵²

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

49 N. Hartmann, *Etika*, Zagreb, 2003, 21.

50 Ibid., 71.

51 Ibid.

52 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 18-19.

Зло против кога право мора да „устане“ је веома често непрознатљиво као такво, али када се доживи оно се не може избрисати из сећања, али тада је обично касно. Оно се тешко препознаје јер актери не желе да се открију пре краја те: „Истинску размеру зла које је прокрстарило читавом Европом нисмо познавали сви, па ни они који су живели у његовом средишту. Живели смо опхрвани некаквом великом „експлозијом“ тла и тек смо постепено стицали свест о његовим правим размерама. Јер они који су били одговорни за зло трудили су се по сваку цену да сакрију свој злочин пред очима света. И нацисти за време рата, и касније комунисти на истоку Европе, трудили су се да од светског мњења сакрију оно што су радили“.⁵³

Да ли се тај „труд“ исплати? Шта чинити након „депортовања“ вредности? Како одговорити на тенденцију „гомилања“ зла? Једна „бестијалност“ живела је дванаест година, а шта је са другим облицима повреде достојанства човека? Када се каже „мера прописана злу“ може се мислити на „историјску меру коју је Божја промисао прописала облицима тоталитаризма XX века за њихово зло...“⁵⁴ али се такође може мислити и на правну перспективу мере прописане злу. Ова правна разина посматрања проблема означава искрену борбу права за боље друштво, државу и само право. Наравно, као питање које остаје је како да и поред тако искристалисане добре намере права, оно и само чини злодела? Ово се дешава због несавршености људске природе која је веома често испуњена егоистичким мотивима из којих често зло извире као резултат, јер: „Тко туђу срећу разара за вољу властите користи чини себе точно тако кривим као и онај који би могао разарање хтјети за вољу њега самог“.⁵⁵

Закључак

Како је необично размишљати о овом питању, а ипак рећи, зар тај закључак није само у рукама Бога, или је нешто и до нас самих. Тако се вешто бранимо од сопствене одговорности, и та нам борба доноси „победу“. Отуда се и појављује „унутарња расцепљеност човекова, отуда се читав људски живот – индивидуални или колективни – испољава као драматична борба између добра и зла, између светла и таме“.⁵⁶

Да ли је пристojно да неко онда пита а зашто нисте експлиците подвукли значај кривичног права? Ово питање је или неразумевање „површних“

53 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 21.

54 Ibid., 24.

55 N. Hartmann, *Etika*, 375.

56 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 25.

духова или је злонамерно? У борби против зла, које право мора да „поведе“ нема „грађанаца“ нема „кривичара“ нема „филозофа права“ нема стручњака за своју област. Постоје само право и правници, самим тим нема „професора“ и „правника практичара“, нема теорије и праксе. Ко то не разуме осуђен је на „тмину“ из које неће изаћи. Непостоји мноштво фронтова, постоји само један велики, који тражи интегралистичко јединство. Зло деградира човека, зато нам је потребан „Адвент“. Када данас покушате да у праву истакнете идеју *bonum delectabile*, такав се покушај означава као „поетски“ и крајње непотребан. Као да би ваљало да се стидимо да као правници нађемо „испуњење часног добра увек прати унутрашња радост – радост из добра“.⁵⁷ А како се другачије борити против зла, ако не испуњењем добра. Да ли право почива на утилитаристичким доживљајима стварности? Човек ипак није само чулни ниво природе, у њему постоји и оно друго – духовно задовољство. Зашто смо га „протерали“ из права и отворили пут злу? Нашли смо се поново пред фомулом тако давно изреченом: „Поступај тако да човечност у својој личности, као и у личности сваког другог човека, увек узимаш и као циљ, а никада само као средство“.⁵⁸ Кад год би човека схватили као средство, то би био почетак зла. Човек је слободан, дакле, он бира између добра и зла. То је не само основна поставка живота, то је поставка и права, из те поставке право и извлачи могућност примене санкције на оног које је починио недело. То би био први одговор на нечасне радње човека који право нуди. Наравно право кроз призму крично-правне материје нуди и друге, али ми сада нисмо склони да то анализирамо. Овде је питање шта је онтолошка суштина права? „Нагињање“ као добру и одговор злу представља онтолошку суштину права, која наравно даље иде путем сопствене разраде. Наравно ако би се ово разматрање само завршило на онтолошкој равни ми би „блокирали“ право да постане делотворно у свекодневном животу. Постоји „фина“ сразмера у схватању онтолошке природе права и праксе. Пракса не искључује онтолошку природу права, сасвим супротно она је мора укључити и она мора бити полазна претпоставка сваке делатности. Дакле, овде говоримо о концентричним круговима, права и вредности, који се спајају у намери да заштите живот од зла, светло до таме.

57 Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 41.

58 И. Кант, *Метафизика морала*. Наведено према: Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 42.

Prof. Marko Trajković, LL.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

LAW AS A MEASURE PRESCRIBED TO COUNTERACT EVIL

Summary

Is law actually created for those spirits who do not want to recognize values on their own, and act accordingly? The response of society to evil is given in the form of law, which has become the means to protect society. The society uses law as a shield to protect itself from attacks, whereby the law threatens the potential perpetrators of crimes with evil that shall befall them if they do something wrong. Hence, law bears the potential of evil, even if it is perceived as such only by those against whom the sanction is being applied. However, in a very subtle and sophisticated ways, law itself can become the source of evil, if it is in the hands of those who are ready to misuse or abuse it. Then, instead of being the response to evil, law becomes the source of evil. Thus, by searching for measure to be prescribed to counteract evil, man searches for the best answer to the question of his own existence.

Keywords: law, values, measure, evil, good.

Др Зоран Радивојевић,

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПОСТУПЦИ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ ЗАКОНИТОСТИ РАДА ИНСТИТУЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: *Постојање система свеобухватне судске контроле поштовања права Европске уније једно је од главних обележја правног система ове међународне организације. Свеобухватност система судске контроле огледа се најпре у чињеници да се као субјекти овлашћени да иницирају механизам те контроле појављују како државе чланице, тако и институције, тј. главни органи ЕУ. С друге стране, судској контроли подвргнуте су не само државе чланице, већ и институције Уније. У средишту система контроле налази се Суд правде ЕУ који је овлашћен да контролише законитост, односно сагласност рада органа ЕУ са оснивачким уговорима. Контрола законитости следи генералну идеју да је владавина права темељ правног система Уније, а да институције то право морају не само да примењују, већ су њиме и везане. Право ЕУ познаје неколико основних поступака у којима Суд правде контролише законитост рада институција Уније. Они се могу разврстати у четири основне групе: поступак оцене ваљаности већ донетих аката институција, поступак поводом недоношења аката од стране институција, поступак утврђивања вануговорне одговорности институција за проузроковану штету и поступак превентивне оцене уставности међународних споразума које институције намеравају да закључе у складу са оснивачким уговорима ЕУ.*

Кључне речи: *Суд правде, правосудна контрола, законитост, ваљаност, пропуштање, вануговорна одговорност, штета, уставност споразума.*

1. Увод

Постојање система судске контроле поштовања права Европске уније (даље: ЕУ) једно је од главних обележја правног система ове међународне организације. У његовом средишту налази се Суд правде ЕУ који представља збирну ознаку за целокупни правосудни систем у чији састав улазе као посебни органи Суд правде, Општи суд и специјализовани судови. Иако по свом саставу и устројству подсећа на сталне међународне правосудне органе, надлежност овог Суда за вршење контроле није факултативног карактера и не зависи од пристанка странака у сваком конкретном случају. У споровима из домена поштовања права Европске уније Суд правде има обавезну надлежност, а његове су одлуке не само обавезујуће, већ и коначне.

Суд правде, међутим, нема изворну, оригинарну наадлежност за вршење контроле поштовања права Европске уније. Он делује само у оквирима надлежности која му је поверена уговорима о ЕУ и функционисању ЕУ. Отуда је његова надлежност делегиране природе, а по обиму ограничена и одређена оснивачким и другим уговорима и протоколима које су државе чланице закључиле¹.

Надлежност поверена на овај начин омогућава Суду правде ЕУ вршење свеобухватне правосудне контроле. Свеобухватност система судске контроле огледа се најпре у чињеници да се као субјекти овлашћени да иницирају механизам те контроле појављују како државе чланице, тако и институције, тј. главни органи ЕУ. Тачније речено, институцијама Уније призната је активна легитимација која им омогућава да под одређеним условима покрену поступак контроле пред Судом правде. С друге стране, судској контроли подвргнуте су не само државе чланице, већ и институције Уније чији рад контролише Суд правде. У овом случају оне су пасивно легитимисани субјекти пошто њихово понашање представља предмет судске контроле.

Циљ правосудне контроле је заштита општег интереса који се састоји у наметању поштовања права Уније њеним институцијама. Поступање институција у процесу стварања и примене права ЕУ мора се кретати у оквирима онога што је одређено оснивачким уговорима. Стога је Суд правде овлашћен да контролише законитост, односно сагласност рада органа ЕУ са оснивачким уговорима².

1 Више о томе: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, Институционални механизам Европске уније после Лисабонског уговора, Ниш, 2016, стр.145-157.

2 В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, Како настаје и делује право Европске уније, Београд, 2009, стр.180-181.

Контрола законитости органа ЕУ следи генералну идеју да је владавина права темељ правног система Уније, а да институције то право морају не само да примењују, већ су њиме и везане. Као што је истакао Суд правде у једној својој познатој пресуди, ЕУ је заснована на начелу владавине права, те су њене институције, као и државе чланице, подвргнуте систему контроле да би се утврдило да ли је њихово деловање у складу са „основном уставном повељом“ ЕУ, тј оснивачким уговорима. Тим уговорима установљен је комплетан систем правних средстава и поступака са циљем да омогуће Суду правде да контролише законитост рада органа Уније³. Овако важна улога судске контроле за владавину права у ЕУ произилази из непостојања класичне поделе власти у овој међународној организацији, као и дефицита у демократској легитимацији деловања њених органа⁴.

Право ЕУ познаје неколико основних поступака у којима Суд правде контролише законитост рада институција Уније. Они се могу разврстати у следеће четири групе: поступак оцене ваљаности већ донетих аката институција, поступак поводом недоношења аката од стране институција, поступак утврђивања вануговорне одговорности институција за проузроковану штету и поступак превентивне оцене уставности међународних споразума које институције намеравају да закључе у складу са оснивачким уговорима ЕУ.

2. Поступак оцене ваљаности аката

Оцена ваљаности аката које доносе институције ЕУ представља основни и најважнији поступак судске контроле законитости њиховог рада. У вези са овим поступком поставља се више питања: који акти подлежу оцени ваљаности, ко може покренути поступак, из којих разлога, у ком року и каква су дејства пресуде?

Предмет оцене ваљаности могу бити акти поименично наведени у у оснивачким уговорима, али је Суд правде у пракси овај списак проширио, вршећи контролу неких аката који нису изричито поменути. Према слову оснивачких уговора⁵ контроли ваљаности подлежу законодавни акти, акти Савета, Комисије и Европске централне банке, као и акти Европског парламента, Европског савета, органа тела или агенција Уније који су

3 Случај C-294/83, *Parti écologiste „Les Verts“ v. European Parliament*, European Court Reports (dalje: ECR), 1986, p.1339.

4 З.Мешкић, Д.Самарџић, *Право Европске уније I*, Сарајево, 2012, стр.421.

5 Чл. 263 Уговора о функционисању ЕУ (даље. УФЕУ). Предмет ове оцене могу бити и одлуке Савета гувернера и одбора директора Европске инвестиционе банке у складу са одредбом чл. 271 овог Уговора.

усвојени са циљем да производе правна дејства према трећима. Међу акте који су предмет контроле Суд је укључио и све друге акте под условом да производе правне последице по права и обавезе субјеката права ЕУ. У том погледу од одлучујућег значаја је садржина и предмет одређеног правног акта, а не његов назив и форма⁶. Из судске контроле су, пак, изричито искључени акти који имају карактер препоруке и мишљења.

Право да покрене поступак оцене ваљаности правних аката институција Уније (*locus standi*) има широк круг субјеката. Међутим, услови под којима се може иницирати поступак нису за све исти, па се у том погледу разликују три категорије активно легитимисаних субјеката. У прву спадају државе чланице, Савет, Комисија и Европски парламент⁷ за које се обично каже да су повлашћени или привилеговани носиоци процесне легитимације⁸, будући да могу затражити оцену ваљаности и поништај сваког обавезујућег акта без обзира о којој је врсти акта реч и коме је упућен. Право Европске централне банке, Рачуноводственог суда и Комитета региона да покрену поступак оцене ваљаности правних аката је нешто уже дефинисано, па се стога они називају полупривилегованим носиоцима активне легитимације. Ове институције могу оспоравати ваљаност акта који је донео други орган ЕУ и тражити његово поништење само ако тај акт задира у њихову надлежност. Њима је, дакле, право покретања поступка оцене ваљаности аката признато у циљу заштите сопствене надлежности⁹.

Као трећа категорија субјеката овлашћених да покрену поступак судске контроле ваљаности аката појављују се физичка и правна лица, што је логична последица или резултат права институција Уније да доносе акте који их непосредно обавезују. Међутим, физичка и правна лица спадају у ред непривилегованих носилаца активне процесне легитимације чије право да иницирају поступак оцене ваљаности акта трпи највећа ограничења. Она се пре свега огледају у погледу врста аката чије се

6 Видети случајеве: 22/70 (*ERTA, Commission v. Council*, ECR, 1971, p.261); C-303/90 (*France v. Commission*, ECR I, 1991, p.5340); C-366/88 (*France v. Commission*, ECR I, 1990, p.3595); C-325/91 (*France v. Commission*, ECR I, 1993, p.3283); T-3/93 (*Air France v. Commission*, ECR II, 1994, p.121).

7 Чл. 263, став 2 УФЕУ.

8 Ова терминологија широко је прихваћена у теорији. Видети: Т.С.Hartly, *Основи права Европске заједнице* (превод), Београд, 1998, стр.334-335; J.Boulouis, M.Darmon, J.G.Huglo, *Contentieux communautaire*, Paris, 2001, p.181; J.Shaw, *Law of the European Union*, Basingstone, 2002, p.504; В.Кнежевић-Пређић, *Пракса Суда правде у поступку оцене законитости комунитарних аката*, *Правни живот*, 1998, бр.12, стр.236; Н.Мисита, *Основи права Европске уније*, Сарајево, 2007, стр.786-787; А.Чавошки, А.Кнежевић-Бојовић, Д.Поповић, *Европски суд правде*, Београд, 2006, стр.74-75.

9 Чл. 263, став 3 УФЕУ.

поништење може тражити. Како је то у оснивачким уговорима речено, индивидуални субјекти могу затражити контролу ваљаности аката који су њима упућени и који их непосредно и појединачно погађају, као и регулаторних аката који их погађају непосредно, а не захтевају никакве мере имплементације¹⁰. Захтев за непосредним дејством тумачи се тако да акт у питању мора да има тренутно дејство по права и обавезе физичког и правног лица, без посредовања или интервенције државе чланице¹¹. Кад је реч о појединачном дејству, индивидуални субјект мора доказати да га акт због одређених особина које има или чињеница и порекла издваја у односу на свако друго физичко или правно лице и самим тим делује на њега на исти начин као и на субјекта коме је упућен¹². Као регулаторни акти који индивидуалне субјекте погађају непосредно без захтева за појединачним дејством и доношењем мера имплементације сматрају се првенствено регулативе које нису донете у законодавном поступку, тј оне које немају законодавни карактер¹³.

Разлози за оцену ваљаности правних аката, прописани оснивачким уговорима, обухватају: недостатак надлежности; повреду битних правила поступка; повреду оснивачког уговора или сваког другог правног прописа који се односи на његову примену, и злоупотребу овлашћења¹⁴. Ови разлози

10 Чл. 263, ставови 4 и 5 УФЕУ. Круг аката чија се оцена законитости може захтевати Суд правде је веома широко тумачио, Према његовом схватању, овај појам обухвата практично сваки акт институције Уније који, као израз њене воље, утиче на права и обавезе физичких лица. То значи да ова лица могу покренути поступак за оцену законитости сваког акта институције Уније, укључујући чак и писмо које Комисија упути неком субјекту ако оно за њега производи правно дејство (видети случај 8-11/66, *Noordwijks Cement Accord*, ECR, 1967, p.75).

11 D.Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, p.348. У складу са тим сматра се да појединац није непосредно погођен актом институције ЕУ који се не примењује аутоматски, већ је за његово спровођење потребно да држава донесе посебне мере или акте (видети случај 69/69, *Aclan Aluminium*, ECR, 1970, p.285). Суд, међутим, није био доследан, па је у неким потоњим случајевима признао непосредно дејство и оним актима у вези са чијим су извршењем државе чланице доносиле посебне мере, али су се ти акти примењивали аутоматски (случај 113/77, *NTN Tayo Bearing Co. Ltd. v. Council*, ECR, 1979, p.185).

12 Видети случај 25/62, *Plaumann*, ECR, 1963, pp.95 и 107.

13 Ова одредба преузета је из неприхваћеног Уговора о уставу за Европу (чл.III-365, став 4). Остаје отворено питање да ли ће у будућој пракси Суд правде остати при оваквом рестриктивном тумачењу или ће, пак, дозволити појединцима покретање поступка за оцену ваљаности и оних регулатива које имају карактер законодавног акта, а не захтевају мере имплементације. Видети. З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.168.

14 Чл. 263, став 2 УФЕУ.

преузети су из француског правног система¹⁵, мада у праву ЕУ имају особено значење. Том приликом Суд правде ЕУ је у својој јуриспруденцији указао на различиту правну тежину наведених основа. Будући да је Суд дужан да на сопствену иницијативу покрене поступак оцене ваљаности аката на основу ненадлежности органа¹⁶ и повреде битних правила поступка¹⁷, могло би се закључити да је реч о повреди правила више правне снаге која су садржана у самом оснивачком уговору. Када је, међутим, реч о наводном кршењу правила уговора или сваког другог прописа који се односи на његову примену и злоупотреби овлашћења, дакле основа који се тичу самог садржаја аката, њих ће Суд оцењивати само на иницијативу неког од овлашћених носилаца процесне легитимације¹⁸.

Повреда надлежности постоји када правни акт донесе институција која уопште није биле надлежна или ако приликом његовог усвајања не поступи сагласно својој надлежности, иако је деловала као овлашћени орган. До тога обично долази у случајевима прекорачења овлашћења у области конкуренције, преношења овлашћења са једног на други орган или у вези са тумачењем домашаја тзв. имплицитних овлашћења¹⁹. Сама повреда надлежности може се појавити у материјалном, територијалном и персоналном погледу²⁰.

Осим што дефинишу надлежност институција, оснивачки уговори прописују и поступак у коме се сваки правни акт мора донети. Основ за

15 Реч је о институтима: „incompétence“, „vice de forme“, „violation de la loi“ и „détournement de pouvoir“.

16 Видети став Суда у случајевима: T-12/99 и T-63/99 (*UK Coal v. Commission*, ECR II, 2001, p.2153) и T-147/00 (*Laboratories Servier v. Commission*, ECR II, 2003, p.85).

17 Случајеви T-106/95 (*FFSA and Others v. Commission*, ECR II, 1997, p.229) и T-206/99 (*Metropole Televisuon v. Commission*, ECR II, 2001, p.1057).

18 Случај C-367/95, *Commission v. Sytraval and Bank's France*, ECR I, 1998, p.1719.

19 Видети случајеве: 281/85 (*Germany v. Commission*, ECR, 1987, p.3203); C-327/91 (*France v. Commission*, ECR I, 1994, p.3641); C-267/94 (*France v. Commission*, ECR I, 1995, p.4845).

20 Кад је у питању повреда у материјалном смислу, ваља имати на уму да је надлежност институција ЕУ ограничена одредбама оснивачких уговора. Уколико усвојени акт излази из оквира области деловања Уније, тада ће га Суд поништити, будући да институција није овлашћена да регулише односе изван оног домена које су јој државе чланице повериле. С друге стране, право ЕУ се, по правилу, примењује само на територији држава чланица, па правни акти институција могу производити дејство на физичка и правна лица једино унутар тог простора. Питање надлежности у персоналном смислу јавља се код делегације овлашћења. Уколико, наиме, институција којој су пренета овлашћења прекорачи границе делегације, њен акт ће бити поништен по основу ненадлежности. Више о свим овим врстама повреде надлежности: В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.184-185.

оцену ваљаности, међутим, није свака повреда поступка, већ само повреда битних правила процедуре која су прописана оснивачким уговорима, актима донетим на основу њих и општим правним начелима. Најчешће се ради о пропусту да се приликом доношења правног акта прибави мишљење друге институције, одсутству образложења правног акта, непозивању на предлог или правни основ за доношење акта или његовом необјављивању у Службеном листу ЕУ²¹.

Код повреде уговора или сваког другог прописа који се односи на његову примену као основа за оцену ваљаности имају се првенствену у виду одредбе оснивачких уговора, протокола који су уз њих усвојени, као и уговора о придруживању. Поред тога, израз „сваки други пропис“ обухвата норму међународног права, правно обавезујуће акте институција Уније и општа правна начела призната од стране држава чланица²². Позивањем на овај, веома широко формулисан основ, активно легитимисани субјект би практично могао да тражи оцену ваљаности и поништај готово сваког правног акта институција Уније.

Злоупотреба овлашћења као основ за оцену ваљаности значи да институција Уније која доноси акт користи своја овлашћења у неку другу сврху, а не ону због које су јој дата. У досадашњој пракси Суд правде је приликом разматрања злоупотребе користио објективни приступ не улазећи у анализу субјективних разлога који су мотивисали институцију да поступи другачије. При томе се злоупотреба овлашћења не може никада претпоставити²³, већ је потребно да активно легитимисани субјект на основу циља, релевантних и конзистентних чињеница, докаже да је акт усвојен ради постизања неких других циљева, а не оних које предвиђа оснивачки уговор²⁴. Претпоставка за постојање злоупотребе је да орган у питању располаже одређеним степеном дискреционих овлашћења²⁵.

21 Видети случајеве: 139/79 (*Mauzena*, ECR, 1980, p.3425); 61/86 (*United Kingdom v. Council*, ECR, 1988, p.431); 131/86 (*United Kingdom v. Commission*, ECR, 1988, p.905); C-49/88 (*Al-Jubail*, ECR I, 1991, p.3187); C-353/92 (*Greece v. Council*, ECR I, 1994, p.3411); C-263/95 (*Germany v. Commission*, ECR I, 1998, p.441).

22 Видети случајеве: 34/86 (*Budget Case*, ECR, 1986, p.2155); 325/85 (*Ireland v. Commission*, ECR, 1987, p.504); T-42/96 (*Eyckeler and Malt*, ECR II, 1998, p.401).

23 Видети став Суда у случајевима: 23/76 (*Pellegrinu and Others v. Commission*, ECR, 1976, p.1807) и T-146/89 (*Williams v. Court of Auditors*, ECR II, 1991, p.1293).

24 Видети случајеве: 351, 360/86 (*Fabrique de Fer de Charlerou v. Commission*, ECR, 1987, p.3639) и 33, 44, 110, 226 и 258/86 (*Stalwerke Peine – Salzgitter and Others v. Commission*, ECR, 1988, p.4309).

25 Видети случајеве: 331/88 (*FEDESA*, ECR I, 1990, p.4023); C-84/94 (*Working time Directive*, ECR I, 1996, p.5755); 18 и 35/65 (*Gutmann*, ECR, 1966, p.103); 105/75 (*Giuffrida*, ECR, 1976, p.1395); 266/82 (*Turner*, ECR I, 1984, p.2162); 69/83 (*Lux*, ECR, 1984, p.951);

Рок за покретање поступка оцене ваљаности износи два месеца, а рачуна се, у зависности од околности, од објављивања акта, његовог саопштавања овлашћеном покретачу поступка или од дана када се он упознао са његовом садржином²⁶. Овако кратак рок прописан је из разлога заштите и обезбеђења правне сигурности²⁷. Подношење захтева за покретање поступка нема суспензивно дејство. Ипак, Суду правде је дата могућност да одложи примену акта чија се ваљаност оспорава када нађе да околности то налажу²⁸. Један од разлога за обуставу извршења акта могла би да буде опасност од непоправљиве штете која би проистекла из његове примене.

Када утврди да постоји неки од разлога за оцену ваљаности, Суд правде поништава оспорени акт²⁹. Суд није овлашћен да својом одлуком мења или допуњава поништени акт³⁰. Пресуда обавезује не само странке у поступку, већ делује према свима (*erga omnes*) и то од момента доношења акта (*ex tunc*)³¹. Тиме се успоставља стање као да такав акт није некада донет. Пресуда Суда обавезује институције које су донеле поништени акт да га више не примењују, као и да повуку или укину све друге акте донете на основу њега³². Поред тога, институције Уније имају обавезу да у разумном року донесу нови акт који неће садржати недостатке који су довели до ништавости.

3. Поступак поводом недоношења аката

Правосудна контрола законитости рада институција не завршава се само на оцени ваљаности већ усвојених аката. Суд правде овлашћен је да контролише да ли институције које су оснивачким уговорима обавезне

C-156/93 (*European Parliament v. Commission*, ECR I, 1994, p.2019); C-83/94 (*United Kingdom v. Commission*, ECR I, 1996, p.5755).

26 Чл. 263, став 6 УФЕУ.

27 У овом смислу: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.168. По истеку двомесечног рока може се против регулативе усвојене заједнички од стране Парламента и Савета, Савета, Комисије и Европске централне банке истаћи приговор незаконитости. Видети чл. 277 УФЕУ.

28 Чл. 278 УФЕУ.

29 Чл. 264, став 1 УФЕУ.

30 Видети став Суда у случају C-428/98 (*Deutsche Post AG and IECC*, ECR I, 2000, p.3061).

31 У овом смислу: К. Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London 2006, p.133; Ph.Manin, *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*, Paris 2005, p.436; Н.Мисита, *op.cit.*, стр.207; З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.169.

32 Чл. 266 УФЕУ. Неизвршење пресуде може да има за последицу одговорност институција Уније за накнаду штете (видети: чл. 340, став 2 УФЕУ).

да донесу неки акт, ту своју дужност испуњавају или, пак, пропуштају да изврше. Том приликом од Суда се тражи да недоношење одређеног акта прогласи повредом оснивачког уговора³³.

За покретање овог поступка потребно је испуњење неколико услова. Пре свега, тражи се да је пропуштање да се донесе одређени акт противправно, односно да представља кршење оснивачког уговора. Пропуст се сматра незаконитим само ако је институција у питању била дужна да усвоји правни акт, па то није учинила. Уговор стога није прекршен ако је институцијама остављено дискреционо овлашћење у погледу доношења правних аката³⁴.

Други услов је да институција о чијем је пропусту реч није усвојила никакав став³⁵. Свако заузимање јасног и одређеног становишта по питању недоношења акта може да доведе до тога да се захтев за покретање овог поступка сматра недопуштеним³⁶. Према томе, негативна одлука³⁷ којом институција дефинише свој став да неће донети одређени правни акт представља сама по себи акт против кога се може покренути поступак за оцену ваљаности³⁸.

Последњи услов односи се на врсте аката због чијег се недоношења може покренути поступак. Реч је заправо о истим оним правним актима који су предмет поступка за оцену ваљаности. У пракси се чак алтернативно подносе захтеви за покретање поступка контроле ваљаности неког акта или утврђивања да је орган пропустио да донесе акт³⁹. Из тога је проистекло схватање да су ова два облика контроле различити видови истог судског поступка, што је прихватио и Суд правде као општи принцип⁴⁰.

Сличност поступка поводом недоношења акта са поступком оцене ваљаности уочљива је и кад су у питању активно легитимисани субјекти. Круг потенцијалних покретача поступака је исти и обухвата, поред држава

33 Чл. 265 УФЕУ.

34 Видети став Суда у случају 247/87, *Star Fruit Company*, ECR, 1989, p.291.

35 Случај 48/65, *Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19.

36 Случај 125/78, *Gema*, ECR, 1979, p.3173.

37 Више о теорији негативне одлуке: Т.С.Нартли, *op.cit.*, стр.365-366; В.Кнежевић-Предић, *Оглед о суверености: сувереност и Европска унија*, Београд 2001, стр. 240. За став Суда видети случај 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. High Authority*, ECR, 1961, p.1.

38 Видети случајеве: 169/84 (*Cofaz*, ECR, 1986, p.391) и 191/82 (*Fediol*, ECR, 1983, p.2913).

39 Случај 48/65, *Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19.

40 Случај 15/70, *Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.975.

чланица, институције Уније⁴¹ и физичка и правна лица. Међутим, услови за покретање поступка код неких од ових субјеката нешто су другачије дефинисани. Тако је Европском савету изричито призната активна легитимација у овом поступку, док је Европска централна банка овде привилеговани носилац процесне легитимације. Физичка и правна лица остају и даље непривилеговани субјети, јер се од њих захтева се да докажу да је институција Уније пропустила да им упути неки правни акт, као и да тај акт није препорука и мишљење⁴².

Главну особеност поступка контроле у случају недоношења аката представља заправо посебна процедура која претходи обраћању Суду. Пре него што покрене поступак пред Судом, овлашћени субјект дужан је да упути формални захтев надлежном органу да одређени акт усвоји⁴³. Тако се овом органу пружа прилика да сам исправи свој пропуст⁴⁴. Орган у питању има рок од два месеца да донесе тражени акт. Тек ако у том периоду не поступи по захтеву, отвара се могућност покретања судског поступка у наредна два месеца⁴⁵. Уколико се догоди да институција тражени акт донесе после покретања поступка, али пре доношења коначне судске одлуке, поступак би био обустављен јер је захтев постао беспреметан⁴⁶.

41 Чл. 265, став 1 УФЕУ.

42 Чл. 265, став 3 УФЕУ. Доследно тумачење ових захтева упућује на закључак да је право на покретање поступка приватних субјеката ограничено само на случајеве недоношења одлука као појединачних и обавезујућих аката које су формално упућене управо њима. Они не би имали право да се обрате Суду уколико није усвојена регулатива као акт опште и нормативне природе и директива чији је адресат држава. С друге стране, физичким и правним лицима ускраћена је могућност покретања поступка због пропуста институције ЕУ да донесе одлуку упућену трећем лицу. Такав став потврђен је у пракси Суда (видети случај 246/81, *Lord Bethell v. Commission*, ECR, 1982, р.2277), мада је у неким каснијим одлукама из области конкуренције Суд ипак оставио могућност покретања поступка због недоношења одлуке коју је требало упутити неком трећем лицу, а која непосредно и појединачно погађа субјекта у питању (случај T-95/96, *Gestevisión Telecinco v. Commission*, ECR II, 1998, р.3407). Више о томе: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Предић, *op. cit.*, стр.171-172.

43 У овом захтеву се морају јасно и прецизно навести мере чије се предузимање тражи. То је значајно, будући да се захтев за покретање поступка може односити само на оне мере које је активно легитимисани субјект претходно захтевао од институције у питању.

44 E.Drears, S.Hargreavs, *European Union Law Textbook*, Oxford, 2004, р.149.

45 Чл. 265, став 2 УФЕУ. Овде се заправо ради о два двомесечна рока: првом унутар кога институција треба да делује и другом у оквиру кога се заинтересовани субјект може обратити Суду.

46 Случај T-28/90, *Asia Motor France*, ECR II, 1992, р.1062. Према схватању Суда, његова одлука у том случају не би имала никакво дејство на институцију чији је пропуст

Суд правде није овлашћен да својом пресудом сам усвоји акт који је институција Уније пропустила да донесе. Он је само овлашћен да утврди да такав пропуст представља повреду оснивачког уговора. У овом случају реч је о декларативној пресуди којом се констатује да је неусвајањем акта институција Уније прекршила уговор⁴⁷. Истом пресудом Суд институцији у питању налаже да тражени акт усвоји⁴⁸.

4. Поступак утврђивања вануговорне одговорности за штету

Један од основних принципа права ЕУ јесте начело да ова организација одговара за штету која је наступила услед противправног деловања њених институција. За постојање вануговорне (деликтне) одговорности Уније потребно је испуњење неколико општих услова. Њих је самостално формулисао Суд ослањајући се на национална права држава чланица у низу случајева⁴⁹. Ови услови обухватају: противправно понашање Уније и њених институција и службеника; постојање штете; и узрочно-последичну везу између понашања Уније и настанка штете.

Одговорност произилази из понашања институција Уније које је довело до наступања штете. Само штетно понашање састоји се како у деловању тако и у пропуштању на страни Уније. За проузроковану штету могу бити одговорни сви главни органи или институције ЕУ⁵⁰. Пошто органи раде преко службеника, Унија одговара за радње и пропусти службеника у вршењу својих дужности⁵¹. Вануговорна одговорност се заснива на

доведен у питање (видети случај: 337/87, *European Parliament v. Council*, ECR, 1988, п.4017).

47 У овом смислу: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Пређић, *op.cit.*, стр.172, као и аутори наведени у белешки бр.222.

48 Институција чије је пропуштање проглашено супротним оснивачком уговору, обавезна је да донесе мере о извршењу пресуде Суда. Уколико је као последица пропуста институције ЕУ, субјект претрпео штету, он има право да покрене поступак за накнаду штете пред Судом, али је за то потребно подношење посебног захтева (видети чл. 268 и 340 УФЕУ).

49 Видети посебно случајеве 4/69 (*Lütticke III*, ECR, 1971, п.325) и C-200/89 (*FUNOC v. Commission*, ECR, 1990, п.3669).

50 Оснивачки уговори изричито предвиђају и одговорност Европске централне банке и њених службеника (чл. 340, став 3 УФЕУ). Поред тога, одговорност за насталу штету може се приписати и другим помоћним и самосталним органима (нпр. агенције) којима су институције Уније пренеле одређена овлашћења. У овом смислу: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Пређић, *op.cit.*, стр.174, као и аутори наведени у белешки бр.240.

51 Њихови пропусти или радње могу се огледати у неизвршавању упутстава, непажљивом, незаконитом или злонамерном поступању. Услов за одговорност Уније је да такво понашање службеника буде у непосредној вези са вршењем службе, тј.

физичким, правним или другим радњама, као и пропустима којима се проузрокује штета. Противправна радња или пропуштање може да се састоји у повредама општих правила о раду и поступања органа при доношењу појединачних аката⁵².

Посебан проблем представља одговорност Уније за нормативну делатност својих институција. У овом случају реч је о штети насталој због усвајања или пропуста у доношењу општег правног акта⁵³. Нормативна одговорност Уније подвргнута је строжијем режиму и подразумева испуњење још неких допунских услова. Ти услови су: да је дошло до повреде норме више правне снаге; да се норма односи на заштиту појединца; и да је повреда довољно озбиљна и тешка⁵⁴. Први услов има за циљ да искључи одговорност институција Уније за мање незаконитости и пропусте у доношењу аката⁵⁵. Захтев да се норма односи на заштиту појединца усмерен је на установљење или заштиту субјективног права⁵⁶. Код оцене озбиљности кршења више

да представља неопходан продужетак задатака поверених институцији у којој је службеник ангажован (видети случај 9/69, *Saying II*, ECR, 1969, p.336). За штете које су проузроковали службеници изван обављања својих функција искључиво су надлежни национални судови. Више о томе: D.Simon, *op.cit.*, p.392.

52 Она обично постоји у случају лоше организације, недостатка у управљању (случај 23/59, *FERAM*, ECR, 1959, p.245), давања погрешних обавештења (случај 19.20, 35 и 36/69, *Riches-Parise*, ECR, 1970, p.325), непостојања надзора (случај 2 и 3/61, *Fives Lille Caul*, ECR, 1961, pp.281, 588), непоштовања мера безбедности или нарушавања поверљивости списка. Повреда се може односити и на општа начела која важе у државама чланицама, као што су дужност чувања тајне или забрана злоупотребе оправданог поверења (случај 145/83, *Adams v. Commission*, ECR, 1985, p.3539).

53 Овом приликом право на покретање поступка одвојено је и независно од питања незаконитости одређеног правног акта институције Уније. Суд правде је после почетног колебања (случај 25/62, *Plaumann*, ECR, 1963, p.108), заузео став да ваљност општег правног акта не искључује одговорност Уније за штету проузроковану због његовог доношења (случајеви 5/71, *Altien-Zuckerfabrik Schöppenstedt*, ECR, 1971, p.975 и 74/74, *CNTA*, ECR, 1975, p.533). С друге стране, незаконитост акта не ствара сама по себи обавезу Уније да надокнади штету насталу у току његове примене.

54 Овде је Суд заправо преузео немачку доктрину "*Schutznormtheorie*" према којој се накнада штете проузрокована усвајањем акта од стране органа који располаже дискреционим овлашћењем условљава постојањем озбиљне повреде норме вишег ранга о заштити појединца. Више о томе: D.Simon, *op.cit.*, p.407.

55 Као норме више правне снаге чије кршење повлачи обавезу накнаде штете сматрају се како одредбе оснивачких уговора и општа правна начела (видети случајеви: 74/74, *CNTA*, ECR, 1975, p.533; C-104/89 и 637/90, *Milder*, ECR I, 1992, p.3061), тако и норме садржане у актима институција које заузимају значајније место у правном поретку Уније (за даљу анализу: Н.Мисита, *op.cit.*, стр.844-855).

56 Заштита се може појавити као предмет или кроз дејство повређеног правног правила које се притом не мора непосредно и појединачно односити на индивидуалног субјекта

норме Суд је прибегавао степеновању тежине повреде на основу ширине овлашћења којима институција располаже при доношењу правног акта. Том приликом сматрао је да уколико орган има ограничена дискрециона овлашћења свака повреда, а не само тешка и очигледна, може да доведе до одговорности Уније. Насупрот томе, када се ради о актима код чијег је доношења орган располагао ширим дискреционим овлашћењима, Унија је одговорна само ако постоји озбиљна и очигледна повреда норме вишег правног ранга⁵⁷.

Вануговорна одговорност Уније за штету може постојати и када нема повреде, односно кршења правних правила. Иако је одговорност без постојања противправног понашања институције ЕУ још увек спорна, сматра се да правичност налаже накнаду штете насталу доношењем потпуно правно ваљаних аката⁵⁸. У овом случају потребно је доказати да је због таквих правних аката и радњи субјект претрпео посебну и неубичајену штету⁵⁹.

У погледу постојања штете и узрочно-последичне везе као преостала два услова одговорности право ЕУ се углавном ослања на коришћење аналогije са националним правним системима. Претрпљена штета мора да буде стварна и извесна, а њено постојање и висину треба да докаже оштећени субјект. Накнада мора бити одговарајућа и обухвата како стврну штету, тако и изгубљену добит⁶⁰. Она се односи, по правилу, на материјалну штету, али се може надокнадити и нематеријална штета⁶¹. Кад је у питању каузална веза између понашања институција и службеника Уније и настале штете, њено постојање треба, такође, да докаже оштећено

који покреће поступак. Видети став Суда у случајевима: 5, 7, 13-24/66 (*Kamffmeyer*, ECR, 1967, pp.262-263); 83 и 94/76 и 4, 15, 40/77 (*Bayerische HNL*, ECR, 1978, p.1209); 238/78 (*Treks-Arkdy*, ECR, 1979, p.3497); 126/76 (*DGV*, ECR, 1979, p.2431)

57 Видети случајеве: 116 и 124/77 (*Amylum*, ECR, 1979, p.3497); T-390/94 (*Schröder v. Commission*, ECR II, 1977, p.501); C-352/98 (*Bergaderm*, ECR I, 2000, p.5291).

58 У доктрини се схватање о одговорности без постојања противправног понашања брани немачком концепцијом *Sonderonfer* (нарочита жртва) и француским концептом једнакости свих грађана у сношењу јавних терета (*égalité devant les charges publiques*), односно једнакости пред администрацијом. Више о томе: Т.С.Нартли, op.cit., стр.443-444.

59 Ph.Manin, op.cit., p.457; D.Simon, op.cit., p.401.

60 Случај74/74, *CNTA*, ECR, 1975, p.533.

61 То је често случај у радноправним споровима службеника и Уније када се досуђује мањи, симболични износ на име нематеријалне штете или се, пак, сама пресуда сматра довољном сатисфакцијом. Видети случајеве: T-18/93 (*Marcato*, ECR II, 1994, p.681); 266/82 (*Turner*, ECR, 1983, p.1026); T-52/90 (*Volger*, ECR II, 1992, p.121).

лице⁶². До прекида узрочности може доћи када је сам оштећени својим понашањем допринео настанку штете или није предузео мере да спречи даљу штету⁶³. У том случају постоји могућност да се висина накнаде смањи или да се Унија потпуно ослободи одговорности.

Поступак утврђивања вануговорне одговорности може покренути свако физичко и правно лице које сматра да му је понашањем институција или службеника Уније причињена штета. За разлику од других врста поступака судске контроле, овде се не тражи испуњење допунских услова на страни физичких и правних лица. Поступак за утврђивање одговорности Уније може покренути и свака држава чланица, али је у досадашњој пракси Суда највећи број захтева потицао од индивидуалних субјеката⁶⁴.

Захтев за покретање поступка се подноси против Уније, с тим да њиме може бити обухваћена и институција чије је понашање проузроковало штету. Суд је прихватао и захтеве поднете непосредно против одговорне институције, без изричитог именованја Уније. Кад је у питању штета коју је причинио службеник Уније приликом обављања своје дужности, захтев се подноси само против ЕУ, а не против њега лично⁶⁵.

Рок за покретање поступка је пет година и рачуна се од дана када је наступио догађај на коме се одговорност заснива⁶⁶. Овај рок се прекида ако оштећено лице поднесе захтев за накнаду штете институцији Уније која је проузроковала штету. Уколико се институција не изјасни о захтеву или одбије да надокнади штету, подносилац има додатни рок од два месеца за покретање поступка пред Судом⁶⁷.

62 Случај 40/75, *Produits Betrand*, ECR, 1976, p.352.

63 Случај 36/62, *Acieries du Temple*, ECR, 1963, pp.289, 296.

64 Видети: М.Станивуковић, Појединац пред Судом европских заједница, Београд, 2007, стр.107.

65 Н.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, *Judicial protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, pp.523-526.

66 Овај рок није предвиђен чл. 268 и чл. 340 УФЕУ, већ у чл. 40 Статута Суда који предвиђа да право на накнаду штете по основу вануговорне одговорности застарева у року од пет година, рачунајући од наступања догађаја на коме се заснива захтев за накнаду. Мада се у овом члану говори о застарелости, Суд стоји на становишту да је у питању преклузивни рок и испитује га по службеној дужности (видети случај T-140/04, *Advisebureau Ehcon BV v. Commission*, ECR II, 2005, p.3287). Рок почиње да тече од тренутка када су испуњени сви услови за накнаду штете и када је она конкретизована, те од када је оштећени субјект за штетни догађај сазнао или морао да зна (видети случај 145/83, *Stenly George Adams v. Commission*, ECR, 1985, p.3539).

67 Сагласно чл. 263 УФЕУ.

Од Суда се може тражити да досуди одређени износ накнаде у новцу или да само утврди постојање штете и одговорности Уније. У овом другом случају Суд доноси међупресуду којом утврђује одговорност и обавезу Уније да оштећеном субјекту надокнади штету⁶⁸. Међупресудом се не одређује тачан износ штете, већ се препушта странкама да то питање споразумно реше. Уколико се у одређеном року не постигне споразум, свака странка доставља Суду сопствену процену износа претрпљене штете. Суд тада доноси коначну пресуду којом одрђује износ штете коју треба надокнадити⁶⁹. На досуђени износ оштећени субјект има право на камату, рачунајући од датума пресуде којом је утврђена одговорност Уније⁷⁰.

5. Поступак превентивне оцене уставности међународних споразума

Својеврсну контролу законитости рада институција Суд остварује кроз поступак претходне оцене уставности међународних споразума које ЕУ закључује са трећим субјектима – државама нечланицама или међународним организацијама. Том приликом Суд оцењује да ли је међународни споразум који Унија намерава да закључи са овим субјектима у складу са оснивачким уговорима⁷¹.

Дајући оцену о усклађености споразума, Суд заправо не решава конкретан спор, већ се појављује у саветодавној улози. Ово овлашћење може се упоредити са надлежношћу коју у појединим земљама имају уставни судови у погледу контроле уставности међународних уговора⁷². Конкретно, реч је о превентивној оцени уставности која треба да предупреди могуће правне спорове око спојивости међународног споразума који је Унија закључила са одредбама њених оснивачких уговора. Као што је сам Суд истакао, у питању је „ специјална процедура сарадње са државама чланицама и институцијама Уније која кроз обраћање пре закључивања намераваног

68 Према ставу Суда услов за доношење међупресуде је да ће штета ускоро наступити и да се она може предвидети са довољно сигурности. Видети случај 60/74, *Kamnffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

69 H.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, op.cit., p.568.

70 Више о томе: К.Р.Е.Lasok, T.Millet, *Judicial Control in the European Union: Procedures and principles*, Richmand, 2004, p.95.

71 Чл. 218, став 11 УФЕУ.

72 А.Чавошки, А.Кнежевић-Бојовић, Д.Поповић, op.cit., стр.37. Реч је о надлежности коју у принципу судови „не воле“, јер им везује руке да у неком каснијем спору оцењује ваљаност правног акта који су у овом поступку већ прогласили уставним. За став Врховног суда САД и Савезног уставног суда Немачке: H.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, op.cit., pp.653-654.

споразума обезбеђује оцену његове сагласности са оснивачким уговором⁷³. У супротном, одлука Суда да је постојећи споразум који обавезује Унију по свом предмету или због поступка закључења неспојив са одредбама оснивачког уговора изазвала би не само на нивоу ЕУ, већ и у међународним односима озбиљне тешкоће и штетне последице за све заинтересоване стране, укључујући и треће државе⁷⁴.

Овлашћење да покрену поступак претходне оцене уставности међународног споразума имају државе чланице, Европски парламент, Савет и Комисија⁷⁵. Наведени субјекти имају право, али не и обавезу да покрену овај поступак. Пошто је покретање овог поступка контроле факултативно, надлежне институције Уније могу ваљано приступити закључењу споразума и без претходног обраћања Суду⁷⁶, наравно уз ризик да његова накнадна оцена уставности споразума буде негативна.

Предмет претходне оцене уставности представља споразум који још није закључен. Обично се ради о нацрту споразума чији је текст редигован и евентуално аутентификован⁷⁷. Постојање нацрта споразума није, међутим, предуслов за покретање овог поступка. Овлашћени субјекти могу се обратити Суду и пре него што су преговори започели и од њега затражити оцену о томе да ли закључење одређеног споразума или приступање већ постојећем међународном уговору спада у надлежност Уније. У најпознатијем примеру Суд је дао два негативна мишљења о могућности приступања Уније Европској конвенцији о људским правима и основним слободама⁷⁸, с тим што први пут чак није постојао било какав нацрт текста споразума са Саветом Европе.

73 Мишљење 2/94 поводом приступања Заједнице Европској конвенцији о људским правима и основним слободама; ECR I, 1996, p.1759.

74 Мишљење 1/75; ECR, 1975, pp.1359-1360.

75 Чл. 218, став 11 УФЕУ.

76 У овом смислу: K.Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, op.cit., p.410.

77 Ph.Manin, op.cit., p.441.

78 Мишљење 2/94 (ECR I, 1996, p.1759) у коме је Суд утврдио да би приступање овој Конвенцији повукло са собом суштинску промену система Заједнице у области заштите људских права, будући да ниједна одредба оснивачког уговора не додељује њеним органима опште овлашћење да доносе правила о људским правима или да закључују међународне конвенције у овој области. На основу тога Суд је одбацио могућност приступања ЕЗ Конвенцији, упркос другачијем мишљењу Комисије и Европског парламента. У другом негативном мишљењу о истом питању 2/13 од 18 децембра 2014. године Суд је нашао да је Нацрт уговора о приступању ЕУ Европској конвенцији о људским правима у бројним члановима неусаглашен са Лисабонским уговором, нарочито кад је реч о разграничењу надлежности Суда правде ЕУ и Европског суда за људска права. Више о томе: З.Радивојевић, В.Кнежевић-Пређић, op.cit., стр.200.

Предмет оцене Суда је уставност, тј. компатибилност споразума који Унија жели да закључи са оснивачким уговорима. Ово овлашћење Суд је у пракси широко схватао, па је уставност споразума ценио не само на основу одредаба материјалне природе, већ је у обзир узимао и питања процедуре, организације и независности институција Уније⁷⁹. У појединим поступцима он је кроз оцену уставности споразума у ствари вршио разграничење надлежности између ЕУ и држава чланица у материји закључења међународних уговора⁸⁰. Овакав приступ потврђен је Пословником који изричито предвиђа да се оцена Суда може односити не само на потање да ли је међународни споразум у складу са одредбама уговора о оснивању, већ и на питање да ли је Унија или институција која закључује споразум уопште надлежна за његово закључење⁸¹.

Оснивачким уговорима није прописан рок у коме овлашћени субјекти могу покренути поступак претходне контроле уставности међународног споразума. Па ипак, превентивна природа овог поступка налаже да се он покрене пре него што је ЕУ изразила свој коначни пристанак да буде везна споразумом. Обраћање Суду може да уследи у сваком стадијуму процеса закључења споразума који претходи овом тренутку, почевши од подношења препоруке Комисије савету и његове одлуке да одобри почетак преговора⁸², преко фазе окончања преговора и потписивања споразума, па све до момента када Савет, после одобрења или консултовања Европског парламента, одлучи да закључи споразум⁸³. Према становишту Суда захтев за покретање поступка превентивне контроле изгубио би своју сврху уколико је споразум у међувремену закључен и ступио на снагу. У том случају Суд ће одбити да оцењује уставност, уз образложење да је у питању већ закључен споразум⁸⁴.

Иако прелиминарног карактера, оцена Суда о уставности намераваног споразума производи одређене правне последице за субјекте који

79 Видети: мишљење 1/75 (ECR, 1975, p.1355); мишљење 1/79 (ECR, 1979, p.741); мишљење 1/78 (ECR, 1979, p.2871); мишљење 2/91 (ECR I, 1993, p.1061) и мишљење 2/94 (ECR I, 1996, p.1759).

80 Мишљење 2/00 поводом Протокола из Картагене; ECR I, 2001, p.9713.

81 Чл. 107, став 2 Пословника Суда. Видети и мишљење 1/03 поводом Нове конвенције из Лугана које наводе K.Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, op.cit., p.411, note 1077.

82 Чл. 218, став 1 УФЕУ.

83 Ставови 2-6 чл. 218 УФЕУ. Видети мишљење 1/94 (ECR I, 1994, p.5267). У вези са Протоколом из Картагене Комисија је затражила од Суда мишљење после његовог потписивања, али пре него што је Савет донео одлуку да закључи овај Протокол (мишљење 2/00, ECR I, 2001, p.9713).

84 Видети мишљење 3/94; ECR I, 1995, p.4577.

су је затражили. Уколико је оцена позитивна, институције Уније могу пуноважно закључити споразум, мада нису у обавези да то учине⁸⁵. Ако се Суд, пак, изјасни негативно, тј. ако оцени да споразум није у складу са оснивачким уговором, намеравани споразум може ступити на снагу тек пошто сам оснивачки уговор буде измењен у складу са предвиђеном процедуром⁸⁶. То значи да само измене и допуне одговарајућих делова оснивачког уговора гарантују уставност будућег споразума и омогућавају институцијама Уније да га пуноважно закључе⁸⁷.

Поред покретања поступка за ревизију оснивачких уговора, институцијама ЕУ стоје на располагању још две могућности у случају негативне оцене Суда о уставности споразума. Прва је да једноставно одустану од закључења намераваног споразума⁸⁸, имајући у виду сву сложеност, дуго трајање и неизвесан исход ревизионе процедуре. Друга могућност, изричито предвиђена оснивачким уговором⁸⁹, састоји се у измени самог споразума у складу са примедбама које садржи оцена Суда⁹⁰. У том случају биће потребни нови преговори и пристанак трећег субјекта са којим Унија жели да закључи споразум.

У досадашњој пракси број покренутих поступака превентивне оцене уставности међународних споразума далеко је мањи од пресуда донетих у другим поступцима судске контроле законитости рада институција ЕУ. Иако ретки и малобројни, ови поступци имали су значајне економске, политичке и правне ефекте. То се посебно односи на случајеве када се због негативног става Суда о уставности одустало од закључења споразума или приступило измени нацрта његовог текста. Међутим, оцена Суда о неуставности будућег споразума није до сада ниједном била повод да се покрене поступак измене и допуне оснивачких уговора.

85 K.Lenaerts, D.Arts, I.Maselis, *op.cit.*, p.415.

86 Чл. 218, став 11 УФЕУ.

87 T.C.Hartly, *op.cit.*, стр.58.

88 У овом смислу: Ph.Manin, *op.cit.*, pp.440.

89 Чл. 218, став 11 УФЕУ.

90 Тако је у складу са мишљењем Суда 1/91 (ECR I, 1991, p.6079) и 1/92 (ECR I, 1992, p.2821) измењен систем правосудне контроле предложен у Нацрту споразума о европском економском простору.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Judicial Review Proceedings concerning the Legality Control over the activities of EU Institutions

Summary

The existence of a comprehensive system of judicial control in the European Union is one of the main characteristics of the legal system of this international organization. The comprehensiveness of the judicial control system is reflected in the fact that the entities authorized to initiate the mechanism of judicial control are both Member States and EU institutions, i.e. the principal bodies of the EU. In this regard, the EU institutions are recognized the active legitimation to initiate the judicial review procedure in specific circumstances. On the other hand, both Members States and the EU institutions may be subjected to judicial control. In this case, they have the passive legitimation since their conduct constitutes the subject matter of judicial review.

At the heart of the judicial control system is the EU Court of Justice, which is authorized to control the legality and complicity of the work of EU institutions with the founding treaties. The aim of judicial review is to protect the public interest, which implies imposing the obligation on EU institutions to observe the EU law. In the process of creation and application of the EU law, the institutions must act within the normative framework established by the founding treaties. The control of legality pursues the general idea that the rule of law is the foundation of the EU legal system, and that its institutions are not only obliged to implement EU law but are concurrently bound thereby.

EU law acknowledges several basic procedures in which the EU Court of Justice controls the legality of the EU institutions' work. They may be classified into four groups: the assessment of the validity of already adopted acts of institutions; the proceedings concerning the failure to adopt the acts of institutions, the process of establishing the non-contractual liability of institutions for damage; and the procedure of preventive review regarding the constitutionality of international agreements that an institution intends to conclude in accordance with the EU founding treaties.

Keywords: *EU Court of Justice, judicial control, legality, validity, failure to act, non-contractual liability, damage, constitutionality of international agreements.*

Др Драган Николић,
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу
Др Александар Ђорђевић,

UDK: 343.24(497.11:431)“18”

Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

РЕЦЕПЦИЈА КРИВИЧНОГ ПРАВА ПРУСКЕ У IX И X ГЛАВИ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА КНЕЖЕВИНЕ СРБИЈЕ¹

Апстракт: *Кривична дела против државе и јавног поретка представљају веома важан део првог српског кривичног законика. Она су прописана у главама IX и X Законика. Значај ових двеју глава је наглашен и касније, будући да правне норме које су у њој садржане важиле на читавој територији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца све до ступања на снагу југословенског Кривичног законика из 1930. године. У овом раду аутори анализирају најтежа кривична дела против државе предвиђена најстаријим српским кривичним закоником и утицај пруског кривичног законодавства на српско.*

Кључне речи: *кривично право, Кривични законик Србије, Пруски кривични законик, кривична дела против државе и јавног поретка, смртна казна, новчане казне, казна заточења.*

Кривични законик Кнежевине Србије из 1860. године, израдили су током 1857. и 1858. године чланови двеју комисија које је именовао Државни савет Кнежевине Србије.² Будући да су скоро сви чланови комисија били српски правници који су правне науке студирали у Паризу, Хајделбергу,

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

2 Оригиналан пун назив Законика је “Криминални (казнителни) законик за Књажство Србију”. Кнез Милош Обреновић и председник Државног савета Стевча Михаиловић потписали су га 29. марта 1860. године. Под истим датумом је издат и “Закон којим се уводи у живот Криминални (казнителни) законик за Књажство Србију” где је прописано да ће КЗ ступити на снагу по истеку шест недеља од дана када га је Кнез потписао. В. *Криминални (казнителни) законик за Књажство Србију*, Београд 1860.

Халеу и Берлину, они су пројекте овог законика конципирали по угледу на ондашње европско кривично законодавство. Основни узор био им је Кривични законик Пруске из 1851. године.³ Обим и садржај преузимања делова из Пруског КЗ има сва обележја парцијалне рецепције кривичног права Пруске. Ова чињеница, међутим, није битно нарушила корелацију између текста Српског КЗ и друштвене ралности Србије тога доба, јер су редактори Српског КЗ правне норме преузимане из иностраних узора веома успешно модификовали и прилагођавали домаћим приликама и потребама.

Глава IX првобитног текста овог КЗ из 1860. године садржи групу од пет кривичних дела обједињених под насловом "злочини и преступи против отаџбине, владара и устава". То су велеиздаја, издаја земље, насиље према владару, увреда и клевета владара.

Глава X првобитног текста овог кривичног законика године садржи групу од једанаест кривичних дела обједињених под насловом "злочини и преступи против закона, власти и јавног поретка". Заједничко својство им је да су то кривична дела уперена против установа и лица преко којих се остварује државна власт.

1. Глава IX – Злочини и преступи против отаџбине, владара и устава

Велеиздаја и велеиздајничка завера

Све одредбе о велеиздаји у првобитној редакцији Законика из 1860. израђене су у знатној мери независно од иностраних узора, мада су те одредбе уопште садржински доста међусобно сличне у свим ондашњим европским кривичним законцима. Да се српски законодавци у овом случају нису строго држали ни Пруског КЗ као свог омиљеног узора, показује не само разлика у тексту, већ и прилично слаба стилизација ових одредаба и низак правнотехнички ниво који се огледа у доминирајућој дескрипцији. Такви, али и неки садржински недостаци у одредбама о велеиздаји (па и у читавој IX и X глави Српског КЗ) уочени су одмах након његовог доношења. Кнез Михаило Обреновић (владао 1860-1868) већ 26. јануара 1861. обраћа се државном савету са предлогом да се у Кривичном законнику учине нужне измене и допуне.⁴ У пројекту измена и допуна који је

3 В. Das neue Strafgesetzbuch für die gesammten Preussischen Staaten, Berlin 1851.

4 Савет је ово одмах прихватио, додајући сам своје мишљење да се у Законнику «налазе многе празнине које су остале непопуњене због познатих околности у којима је тај Законик издат, које су захтевале да се он што пре, па макар и краћи изда». *Архив Србије, Фонд Државног савета, РН 120/861, Писмо савета министарству правде од 13.2.1861.*

по налогу државног савета од 28. фебруара 1861. израдио његов члан Ђорђе Ценић, нису биле предвиђене никакве измене нити допуне у одредбама о велеиздаји.⁵ Оне су, ипак, претрпеле измене у склопу темељне прераде читавих делова Српског КЗ коју су од средине марта до половине маја 1861. обавили државни савет и једна његова комисија на чијем је челу био Димитрије Црнобарац.⁶ Стилски, правнотехнички, па и садржински, одредбе о велеиздаји у новој редакцији из 1861. године јесу копија и скоро дословни превод § 61, 62, и 65. Пруског КЗ.

Од осталих кривичних дела која се по својим обележјима приближавају велеиздаји (велеиздаја у ширем смислу), првобитан текст Српског КЗ познаје само једно - велеиздајничку заверу. Одредбе о њој у тексту из 1860. идентичне су са онима из пројекта кривичног законика од 1858. године. Предвиђају да се учесници завере казне “по степену доказног учешћа” заточењем од две до двадесет година уколико је велеиздајничка завера потпуно била припремљена, “па се само згодна прилика чека”.⁷ Ако припреме велеиздајничке завере нису толико одмакле, кривцима прети затвор од једне до пет година. По свој прилици овај текст је изворна творевина састављача пројекта кривичног законика. У сваком случају, извесно је да такво решење није преузето из кривичног законика Пруске. Кривично дело велеиздајничке завере остаће у Српском КЗ и након потпуне прераде његове IX главе 1861. године, али ће одредбе о велеиздајничкој завери бити прерађене сасвим по угледу на § 63. Пруског КЗ (сем одељка о казни).

Издаја земље

У првобитном тексту Српског КЗ из 1860. године, кривично дело *издаје земље* било је предвиђено у своја два основна вида, позната још у ондашњој

5 Архив Србије, Фонд Државног савета, РН 120/861, Нацрт измена и допуна у Кривичном законнику који је израдио Ђорђе Ценић и поднео државном савету 14.3.1861.

6 Архив Србије, Фонд Државног савета, РН 120/861, Пројекат измена и допуна у КЗ Србије који је израдила комисија савета (без датума, а иначе је могао бити израђен искључиво у периоду од 14.3.1861, када је Ђорђе Ценић био поднео свој нацрт, па до 15. маја исте године, када државни савет шаље кнезу на потврду предложене измене и допуне).

7 Члан 87. Казнителног законика кажњава саучеснике за извршење овог кривичног дела казном заточења од две до 20 година. Д. Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш 1991, стр. 216. Текст чланова Законика у овом раду преузет је из ове монографије, будући да је целокупан текст Казнителног законика за Књажевство Србију дат као прилог поменутој студије (стр. 195-283).

европској правној теорији под називима војна и дипломатска издаја.⁸ И према пројекту и према тексту Српског КЗ из 1860. године, као “издајник отаџбине” кажњава се смрћу онога ко се на страни непријатеља бори против Србије, ко припрема, олакшава или потпомаже улазак, напредовање или успех непријатељске силе, онај који у корист непријатеља шпијунира или непријатељске шпијуне прикрива, који одаје туђој влади државне тајне или друге послове знајући да “срећа отаџбине захтева да се у тајности чувају”, онај ко поверени државни посао намерно са страном државом на штету Србије уради, или на штету српских права према некој другој држави поквари или уништи документе о томе. Све ове одредбе су у највећој мери израђене по угледу на § 69 тачка 5. и § 61 тачке 1-3. Пруског КЗ. Сличност је уочљива и без неких нарочитих анализа текста једног и другог кривичног законика.

Првобитне законске одредбе о издаји, међутим, као и оне о велеиздаји, биле су кратког века. Већ 1861. године детаљно су прерађене и измењене. Њихова нова редакција донела је већу прегледност и потпуност, виши правнотехнички ниво, али не и већу оригиналност. Све нове формулације су скоро дословни превод решења садржаних у § 67-69. и § 71. Пруског КЗ. У новој редакцији IX главе Српског КЗ из 1861. године, од војне издаје су у засебан параграф издвојена три вида кривичног дела дипломатске издаје земље, сва три преузета из § 71. Пруског КЗ: издајничка повреда тајне (јавно обзнањивање или просто одавање тајне из документа за који се зна да га у државном интересу треба чувати у у тајности), издајничко уништавање, преиначавање или прикривање доказа (тј. докумената који се уопште тичу односа Србије према страним државама), те издајничка злоупотреба поверења (закључивање каквог од државе повереног посла са страном владом на штету Србије). И казна за сва побројана кривична дела је идентична са оном из Кривичног законика Пруске - робија од пет до двадесет година.

Насиље према владару, увреда и клевета владара

Последња кривична дела у Српском КЗ из групе кривичних дела против државе јесу *насиље према владару, увреда и клевета владара*. Одредбе о томе у првобитној редакцији Законика биле су сасвим кратке и јасне. И ове одредбе су већ 1861. претрпеле знатне измене, а и касније су неколико пута мењане и допуњиване.

8 У самом тексту Српског КЗ називи «војна» и «дипломатска» уопште се и не помињу, као што се, уосталом, не именују ни многа друга кривична дела.

Код кривичног дела насиља против владара, и аутори пројекта, и редактори финалног текста из 1860. године, имали су за циљ да не остану кривично некажњене и оне радње управљене против владара које нису обухваћене појмом велеиздаје. Зато је насиље против владара издвојено као самостално кривично дело. Ово утолико пре, што је највећи узор српских законодаваца, Пруски КЗ, својом формулацијом «делатност против личности краља» био обухватио и насиље према њему, за које је одредио веома строге казне.

Дело увреде или клевете владара у новој редакцији IX главе Српског КЗ из 1861. године је проширено, па у ствари прераста у дело увреде владајућег кнеза, кнегиње или престолонаследника «речима, штампаним или нештампаним писаним саставом, ликовима или ма каквим цртежима или знацима». Исто дело чини и онај који «ма шта предузима или говори, из чега се мржња... (према поменутиим лицима)... створити може». Казна за ово дело је затвор од два месеца до пет година, ако је у питању кнез, а затвор од једног месеца до две године ако је реч о кнегињи или престолонаследнику. И у диспозитивном делу, и у делу о казни, ова одредба Српског КЗ је 1861. године сасвим била уподобљена одговарајућем решењу из § 77. Кривичног законика Пруске.

Глава X кз Кнежевине Србије – Злочини и преступи против закона, власти и јавног поретка

Све одредбе ове главе, сем једне, доспеле су у Српски КЗ преузимањем и незнатним модификовањем одговарајућих решења из Пруског КЗ. Када је државни савет 1861. године уз IX главу Српског КЗ темељно прерадио и читаву X главу, сва ће се ова кривична дела наћи и у новој редакцији текста Законика. Том приликом је, међутим, унето још седам кривичних дела из ове групе, преузетих, опет, углавном из Пруског КЗ, на исти начин како је то рађено приликом израде пројекта из 1857 и 1858. године.

2.1. Позивања и подстицања на непокорност државној власти

Ово кривично дело се појављује у Српском КЗ кроз два самостална вида: (1) као јавно позивање или подстицање људи на непокорност према законима или законитим наредбама власти и (2) као наговарање на неодрживање позиву војних власти, одн. на отказивање послушности војним властима. За први случај је прописана новчана казна или затвор од једног месеца до једне године, а за други само затвор до једне године. У основи, ово је преузето из § 87. Пруског КЗ. Изменама и допунама Српског КЗ урађеним 1861. године, са кривичним делом подстицања на непокорност државној

власти, у погледу кажњивости је изједначена и свака делатност којом се јавно правдају или хвале дела законом означена као злочини или преступи. Ово је је такође преузето из одговарајуће одредбе Кривичног законика Пруске. Одредбе о другом модалитету овог кривичног дела (наговарање на непослушност војним властима), употпуњене су 1861. године дословним преузимањем § 111. Пруског КЗ.

2.2. Противстајање државној власти

Према тексту Српског КЗ, састоји се у нападу, злостављању или претњи оружјем државном или општинском чиновнику задуженом за спровођење закона. Може бити учињено само «на месту и за време извршења дужности». Прописана казна је затвор од једног месеца до две године. Иста квалификација дела остаје и када је оно учињено према лицима која су позвана у помоћ чиновнику, или су одређена да као сведоци одн. вештаци учествују у неком послу. Све ове одредбе настале су сасвим по узору на § 89. Пруског КЗ.

2.3. Принуда на званичну радњу

Биће овог кривичног дела је свако принуђивање (силом или претњом) неке државне установе или чиновника на предузимање или пропуштање извесне званичне радње, при чему се кажњава и сам покушај извршења овог кривичног дела. Ни ове одредбе нису изворно дело српских законодаваца, већ су у пројекат и касније у текст самог Кривичног законика Србије доспеле из § 90. Кривичног законика Пруске.

2.4. Побуна

Уколико већи број лица заједнички противстане државној власти или принуди државне органе на предузимање, одн. пропуштање званичне радње, тада се, по одредбама Српског КЗ, не ради о саучесништву у једном или другом кривичном делу, већ о самосталном кривичном дели - побуни. *Побуна* (или «устанак против власти», како се ово дело често назива у кривичноправној литератури Србије XIX века). Побуна се кажњава затвором од једног месеца до две године. Ако, међутим, неко од учесника побуне «нападне и злостави чиновника или јавног служитеља, или на њега оружје потегне», ово дело из категорије преступа прелази у злочине, јер је у том случају запређено робијом од две до седам година. Сва ова решења преузета су из Кривичног законика Пруске, од којих се једино разликују по нешто блажим прописаним казнама. Аутори Српског КЗ су, међутим, овим одредбама преузетим из Пруског КЗ, већ код израде пројекта из 1857. додали још један став који ће трајно остати у Српском КЗ: добровољан

одустанак од побуне или стишавање сакупљених људи «само на опомену власти», искључује кажњивост, сем за «коловође» којиће се, ипак, казнити затвором до једне године.⁹

2.5. Омаловажавање државне власти

Једна подгрупа кривичних дела против државне власти из X главе Српског КЗ може се означити као кривична дела *омаловажавања државне власти*. Текст Српског КЗ из 1860. године познаје само два таква дела: (1) увреда или клевета државне установе или чиновника у њиховом званичном раду и (2) повреда званичног печата. Изменама и допунама 1861. године, у Законик су унета још три таква кривична дела. То су: (1) лажно представљање себе као државног чиновника, (2) неовлашћено ношење чиновничке униформе, знакова почаста или титула и (3) повреда званичне власти располагања државним актима (списима).

Увреда или клевета државне установе или чиновника («у самом заседању или у канцеларији, или јавно пред народом», као и увреда судова и судија у писаним поднесцима) по Српском КЗ повлачила је казну затвора до шест месеци. Ако би се радило о лакшем виду, онда ово дело не би било преступ, већ иступ, пошто је за такав случај прописана казна затвора од једног до тридесет дана, или телесна казна од тридесет удараца. Сва ова решења се ослањају углавном на § 102. Пруског КЗ.

Три кривична дела омаловажавања државне власти која су изменама и допунама 1861. године унета у ову главу Српског КЗ, безмало су дословни превод § 104, 105. и дела § 106. Кривичног законика Пруске.

2.6. Кривична дела која се тичу лица лишених слободе

Редакција текста Српског КЗ из 1860. године у глави X је садржала је још само три кривична дела против државне власти. Њихово заједничко обележје је то што су се сва три на одређени начин тичала лица лишених слободе: (1) *ослобађање лица лишеног слободе*, (2) *пуштање ухапшеног лица повереног грађанину на чување или спровођење* и (3) *насилно бекства*

⁹ Овај додатак је преузет из § 623. Баденског кривичног аконика из 1851, али противуречи смислу претходних одредби преузетих из Кривичног законика Пруске. Ова два законика различито одређују тренутак када је кривично дело побуне свршено: по Баденском КЗ то је већ само окупљање људи са одређеним циљем, а по Пруском КЗ је још потребно и да окупљена гомила отпочне радње противстајања или принуде на званичну радњу. Ђорђе Ценић, *Објасњење Казнителног законика за Књажество Србију*, Београд 1866, 391.

из затвора. Сва три кривична дела су још код израде пројекта српског кривичног законика била била преузета из § 94-96. Пруског КЗ.

Треће из ове подгрупе кривичних дела против државне власти, према редакцији текста Законика из 1860. године, заправо је било кривично дело насилног изласка из затвора. Основна обележја овог кривичног дела су измењена 1861. године, тако да је оно у ствари модификовано у кривично дело побуне затвореника. Према новој редакцији, ове одредбе нису обухватале само поједине случајеве насилног бекства из затвора, већ и све облике насилног понашања затвореника у затвору (организовано бекство, противстајање надзорницима и чуварима или принуђивање ових лица на службену радњу). Са тим изменама и допунама, ове одредбе се садржински потпуно приближавају одговарајућим решењима из Кривичног законика Пруске, одакле су, уосталом, биле преузимање. Једино су казне за њихове извршиоце у Српском КЗ биле нешто блаже у односу на казне прописане у Пруском КЗ.

2.7. Кривична дела против јавног мира и поретка и дело вређања и клеветања државе

Од преосталих кривичних дела која су у главу Х Кривичног законика Србије унета изменама и допунама 1861. године, три се могу означити као дела против јавног мира и поретка, а четврто кривично дело је *вређање и клеветање државе*.

Радња кривичног дела *вређања и клеветања државе* описана је као јавно потврђивање «измишљених или изопачених ствари», или јавно «куђење и исмевање уређења државног или законитих наредби власти», а све са циљем да се ови изложе «мржњи и презрењу», да се негира њихов значај, одн. изазива и подстиче неповерење према њима. Овакву одредбу садржи и Кривични законик Пруске у § 101, одакле је она 1857. била доспела у пројекат српског кривичног законика као § 94, али се 1860. године није нашла у тексту Српског КЗ. Поново постаје актуелна 1861. године када је Ђорђе Ценић укључује у свој пројекат измена и допуна Српског КЗ, овог пута као дословни превод одговарајућих норми из Пруског КЗ. Чак је и прописана казна (до двеста талира или две године затвора) дословно преузета из Кривичног законика Пруске.

Кривична дела *против јавног мира и поретка* унета су у Српски КЗ *током* измена и допуна 1861. године, практично преношењем у њега једне читаве групе узастопних параграфа (§ 97-100) Пруског КЗ, уз незнатне модификације одредаба о казни, и нешто другачији распоред материје.

3. Закључак

Строго формално посматрано, Законик у свом претежнијем делу није изворна творевина домаћих редактора, већ више рецепција Кривичног законика Пруске, па би формално-логички било неоправдано видети у њему некакав особени одраз конкретних друштвених (економских, политичких, културних итд) околности у Кнежевини Србији тога доба. Када се, међутим, највећи број одредби Српског КЗ посматра у светлости домаћих прилика у којима је Законик настајао, стиче се утисак да су његове правне норме ипак у корелацији са друштвеном стварношћу Србије с краја педесетих и почетка шездесетих година XIX века. Изузмо ли кривична дела дела из области такозваног класичног криминалитета (која су као таква још од настанка првих држава кажњива код свих народа и у свим епохама), остају бројне одредбе посебног дела Кривичног законика Србије које су, истина, уобличене према одговарајућим иностраним узорима, али које свој ослонац имају и у реалним друштвеним односима и појавама.

Уочава се настојање законодавне власти Кнежевине Србије да се пружи што потпунија кривичноправна заштита достигнутог нивоа развита саме српске државе и установа домаће државне власти - њених представника и носилаца, почевши од кнеза, па до последњег општинског чиновника.

Сумаран осврт на сва ова кривична дела из IX и X главе Српског кривичног законика, наводи на закључак да је у њима веома мало онога што би се у првом смислу речи могло означити као особени одраз, потреба или последица конкретних друштвених прилика у Кнежевини Србији тога доба. Ово има и једну значајну конкретну методолошко-истраживачку последицу: опширна преузимања готових решења из иностраних извора, нарочито из Кривичног законика Пруске, трајно су и заувек пресекала пут који би науку Историје права могао водити у правцу истраживања корелације друштвене стварности тадашње Кнежевине Србије и законодавних решења унетих у Кривични законик Србије 1860. године и у његове измене и допуне из 1861. године.

Prof. Dragan Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Doc. Aleksandar Đorđević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

RECEPTION OF THE PRUSSIAN CRIMINAL LAW

In Chapters 9 and 10 of the Criminal Code of the Principality of Serbia

Summary

Criminal offences against the state and the public order were a very significant part of the first Serbian Criminal Code of the Principality of Serbia. They are stipulated in Chapters IX and X of the Code. The importance of these two chapters was also reflected in the subsequent period, considering that the provisions contained therein were applicable in the entire territory of the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenians until the new Yugoslav Criminal Code came into force in 1930. In this paper, the authors analyze the gravest crimes against the state regulated in the oldest Serbian criminal code, as well as the influence of the Prussian Criminal Code on Serbian legislation

Keywords: *criminal law, Serbian Criminal Code, Prussian Criminal Code, crimes against the state and public order, death penalty, fine, imprisonment.*

МАРКSOVA КРИТИКА ХЕГЕЛОВИХ ПРАВНО - ПОЛИТИЧКИХ ИДЕЈА

Апстракт: У раду се разматра Марксова критика Хегелове правне и политичке филозофије, односно основних појмова и категорија хегеловог правно-политичког система: критика методе сазнања, критика антиномије друштво-држава, критика принципа монархистичког схватања суверенитета у име демократског принципа суверенитета народа, као и критика бирократског модела државне организације. Рад посебно преиспитује хегелов идеализам и апстрактност без правог садржаја, систем чиновничке владавине која постаје сама себи сврха, концепт државе који служи интересима владајуће класе. Такође, у раду се разматра критика циља буржоаске државе као организације отуђене од друштва која служи интересима капитала. Критикујући Хегела, Маркс заступа становиште да се држава из органа који је надређен друштву треба да претвори у орган који му је у потпуности подређен. Друштво мора бити база државе која сама себи нити може бити циљ нити властита и самодовољна сврха..

Кључне речи: апсолутна идеја, метод сазнања, логика, идеализам, отуђење, дијалектика, критика, демократија, држава, монархија, суверенитет, бирократија, хијерархија, грађанско друштво, породица.

Критику Хегелових правних и политичких идеја Маркс је практично остварио само у делу „Критика Хегелове филозофије државног права“, које је написао у другој половини 1843. године у Кројнцнаху. Потпунију критику Хегелове правне филозофије намеравао је да изврши у делу „Прилог критици Хегелове филозофије права“. Међутим, од тога дела Маркс је успео да напише само увод, који представља један од најлепших Марксових краћих списа. У њему он успева да пронађе оригиналан пут и у даљем свом развоју настави тим путем.

Марксова критика Хегелове правно-политичке филозофије у суштини представља превазилажење Хегеловог апсолутног објективног идеализма као филозофске позиције уопште. Наиме, критиком Хегелових правних и политичких схватања, Маркс истовремено подвргава критици основе Хегеловог филозофског система, тј. Хегелову Логику; апстрактно-идеалистички дијалектички метод сазнања као и Хегелова конзервативна политичка схватања изражена у признању постојеће државне и друштвене организације као на уму засноване.

1. Марксова критика Хегелове методе сазнања

Метод којим се служи у критици, Маркс преузима од Фојербаха и доказује на конкретном материјалу, оправданост Фојербаховог начина критике Хегелове филозофије. Маркс утврђује да Хегел полази од тога да „суштина припада логици и постоји у готовом облику пре филозофије права. Тако је читава правна филозофија парентеза за логику“¹. И даље: „У средишту интереса код Хегела није филозофија права, већ логика. Филозофски рад се не састоји у томе да се мишљење утелови у политичким одредбама, већ да постојеће политичке одредбе испаре у апстрактном мишљењу..... логика не служи за доказивање државе, већ држава служи за доказивање логике“². Истичући као и Фојербах да Хегел свуда претвара идеју у субјекат, а стварни субјекат у предикат, Маркс примећује да се стварни развитак увек дешава на страни предиката, чиме указује на материјалистичко за-снимање своје критике. Хегелово схватање људског сазнања полази од обрнутог процеса стварном процесу сазнања. Хегел иде од апстрактног мишљења према конкретној стварности, коју опет, не схвата као самосталну стварност, већ као оспољено мишљење. Дакле, код њега је сазнање изражено релацијом; апстрактно – апстрактно, уместо релацијом; конкретно – апстрактно – конкретно, зашта се залаже Маркс. Ово је видљиво из Марксове критичке примедбе да, „Хегел не развија своје мишљење из предмета, него развија предмет према једном у себи завршеном мишљењу, мишљењу које је у себи завршено у апстрактној сфери логике“³. Додајмо и то да Маркс замера Хегелу што његов метод неосновано допушта мистичне прелазе између појединих момената у разним фазама развоја идеје. Хегел допушта да се предикати, који су само функције субјекта или појмови особина субјекта, те зато нужно општији појмови, осамостале; одвоје од субјекта као своје основе, а онда им допушта да се на мистичан начин

1 К. Маркс - Ф. Енгелс, „Критика Хегелове филозофије државног права“, Дела, Том 3, Просвета, Београд, 1972.год. стр. 16.

2 Исто, стр. 16.

3 Исто, стр. 13.

преобразе у своје субјекте. Тиме се замагљује стварни процес, подвлачи Маркс. Осамостаљивањем, одвајањем предиката од њихове стварне самосталности – субјекта; Хегел постиже да се на крају процеса појави субјекат, али сада као резултат, као производ делатности предиката. Међутим, „треба полазити од стварног субјекта и пратити његову објективацију“⁴. Пошто Хегел не иде овим путем код њега „мистична супстанција постаје реалним субјектом, а реални субјекат се појављује као нешто друго, као моменат мистичне супстанције“⁵. Маркс додаје да баш зато Хегел полази од предиката, од опште одредбе, уместо од реалног бића, а ипак мора да постоји носилац ове одредбе, тај носилац постаје мистична идеја“⁶. Маркс уочава да је Хегелово постављање односа између субјекта (који је код њега појам општега и као такав најчешће реално предикат) и предиката (који је појам конкретног и реално субјекат), одређени дуализам, који настаје зато што „Хегел не посматра опште као стварну суштину стварно-коначног, тј. егзистирајућег, одређеног, или што стварно биће не сматра истинским субјектом бесконачног“⁷. Хегел обрнуто, бесконачно сматра истинским субјектом коначног. Бесконачно; Идеја, искри се у мноштву коначних бића. У њима она, по Хегелу, посматра саму себе, по вољи их производи, оспољава се; и по вољи их укида, враћа се у себе.

Наведене критичке примедбе су, чини се, оне ослоне тачке које Марксу служе за побијање конкретних Хегелових теза о држави, њеном устројству, те односима у њој. Ове мисли бисмо могли означити као „скеле“ по којима се Маркс креће разграђујући Хегелову монументалну грађевину, али истовремено и градећи основе за ново разумевање бити човековог положаја у друштву и његових могућности као бића *sui generis*.

2. Одбацивање Хегелове антиномије држава-друштво

Маркс анализира Хегелово излагање у делу „Основне црте филозофије права“ и то, трећи одсек овог дела у коме Хегел излаже схватање државе и њеног унутрашњег уређења од 261. до 313. параграфа. Већ на почетку у 261. параграфу, Маркс открива да Хегел упада у нерешиве противречности дефинишући однос између породице и грађанског друштва, с једне стране, и државе с друге стране. Говорећи о сфери државе као ономе што оличава опште и сфери породице и грађанског друштва као ономе што оличава посебно, Хегел субординира ову посебну или приватно-правну сферу

4 Исто, стр. 21.

5 Исто, стр. 21.

6 Исто, стр. 21.

7 Исто, стр. 21.

под општу сферу, чинећи је на тај начин зависном од ње. Овај однос он означава као спољашњу нужност за породицу и грађанско друштво, што је могуће прихватити као исправно. Међутим, Хегел у исто време тврди да је држава иманентна сврха породице и грађанског друштва, а то је логички противречно. Поставља се питање: Како се може говорити о принуди која произилази из унутрашње бити онога над киме се или чиме се врши та принуда? Идентитет посебног и општег, у чему је Хегел видео конкретну слободу, је овде код њега на силу и апстрактно успостављен. Због тога Маркс овај индентите назива „спољашним, изнуђеним, привидним индентитетом“⁸. За своју конструкцију индентитета општег и посебног интереса који егзистира као држава односно, као конкретна слобода, Хегел налази упориште у Монтескјеовом „Духу закона“, примећује Маркс, у коме се истиче „зависност приватно-правних закона од одређеног карактера државе и филозофски став да се део посматра само у свом односу према целини“⁹. Прихватајући мисао да део треба посматрати у односу према целини, Хегел је практично укинуо сваку самосталност дела растварајући га у целину. „Држава као нешто обичајно, као прожимање супстанцијалног и посебног, укључује то да је моја обавезност према супстанцијалном истовремено опстојање моје посебне слободе, тј. да су у њој обавезе и права уједињени једном истом везом“¹⁰. Индентитет општег и посебног код Хегела се остварује тако што се посебно укида у општем и на тај начин формално задржава у сфери апстракције. Обавезе и права индивидуа према држави су индентични; у томе се исцрпљује и јединство породице и грађанског друштва, као израз посебног, са државом као оним што је опште. Породицу и грађанско друштво Хегел схвата као производ активности идеје, која се дели на њих као моменте своје коначности, а то све, да би се уједињујући их повратила у себе и постала за себе бесконачни стварни дух, држава у својој идеалности. Овакву стваралачку делатност идеје која се раздваја на коначне делове као на природно основане, па ове делове укида постајући државом и све то чинећи као да поступа по одређеном принципу и са одређеном намером тако да се резултат показује баш онаквим као у стварности, Маркс назива „логичким пантеистичким мистицизмом“¹¹. Насупрот Хегелу, Маркс истиче да су породица и грађанско друштво претпоставке државе, да су они у правом смислу делатни, те да је, према томе, субјективност на њиховој страни; што је код Хегела обрнуто, па се стиче утисак да је однос породице и грађанског друштва према држави

8 Исто, стр. 6.

9 Исто, стр. 5.

10 Исто, стр. 6.

11 Исто, стр. 7.

само имагинарна делатност идеје¹². С обзиром да се код Хегела стварност не схвата као она сама, да она нема свој дух, него нечији туђи, да је дакле, привид, Маркс подвалчи да се у Хегеловом излагању паралелно збивају две историје: егзотеричка и езотеричка. Стварни садржај се увек налази у егзотеричком делу, дакле, кад говори о релацијама, Хегел се увек служи тим емпиријским садржајем, али га схвата само као пуку илустрацију, јер циљ овога, будући да он према Хегелу, нема властиту самосталност, јесте да себе препозна као езотерички део, као историју логичког појма. Успевајући да открије ово двоструко кретање у Хегеловом излагању, Маркс успева да објасни у чему се састоји и рационални смисао Хегелових поставки.

Према Марксу, „породица и грађанско друштво су стварни делови државе; они сами себе претварају у државу. Они су покретачка снага ... чињеница је да држава проистиче из мноштва које егзистира као чланови породице и чланови грађанског друштва“¹³. Одавде Маркс изводи и мисао да су идеје могуће само као идеје људи који настоје да објасне облике у којима су као друштвена бића организовани. Дакле, мноштво које сачињава грађанско друштво никако не може бити резултат некакве, том мноштву неприпадајуће идеје, њоме организовано и расподељено као „материјал државе“, која је, опет, постојање те надљудске идеје као „конкретне слободе“, или самоостварење идеје у фази њеног развоја као објективног духа.

Овом једино могућем рационалном објашњењу државе, Хегел супроставља своје идеалистичко схватање државе. Према њему, грађане као чланове грађанског друштва и државе створила је идеја; што су они сједињени у држави то није резултат њиховог животног тока, већ је животно ток идеје која их је разликовала од себе.... они нису самоодређење, већ одређања која је поставио неко трећи¹⁴. Критиком ове Хегелове позиције долази до изражаја Марксов материјалистички и социолошки приступ разумевању односа између државе и грађанског друштва. Државу Маркс схвата као производ грађанског друштва, као форму организовања коју на одређеном ступњу развитка себи даје грађанско друштво, јер у том облику најцелисходније решава питања свога постојања на том ступњу властитог развоја.

Указивањем и разумевањем антиномијског Хегеловог одређења државе и њених претпоставки или основа; показивањем да Хегелу није толико стало до стварног разумевања односа између друштва и државе, колико

12 Исто, стр. 7.

13 Исто, стр. 8

14 Исто, стр. 8

до налажења начина како ће да прикаже развој идеје, дакле, да му није стало толико до стварности колико до логике; Маркс, проширујући своје закључке и потврђујући их на материјалу Хегелове богате мисли, успева да разоткрије тајну не само Хегелове правне филозофије, већ и филозофије уопште.

Она се састоји у томе што се код Хегела „емпиријска стварност узима каква јесте, она се такође исказује умном, али она није умна због свог властитог ума, него због тога што емпиријска чињеница у својој емпиријској егзистенцији има друкчије значење од свог властитог. Чињеница од које се полази не узима се као таква, него се схвата као мистични резултат“¹⁵. Тајна Хегелове филозофије је, према томе, садржана у тврдњи да се о томе да ли је нешто стварно или није стварно може изрећи само ако се претходно установи да ли је то засновано на властитом уму или на нечему изван себе. Јасно је из Маркових примедби да Хегел целокупну стварност схвата као незасновану на сопственом уму, већ на уму који се налази изван ње, те је, дакле, она чист привид, а идеја, којом је стварност у себе утемељена је бит или суштина. Тако стварност постаје феномен, појављивање идеје; али идеја нема никаквог другог садржаја осим тог феномена, нити другог смисла осим логичког: да буде за себе бесконачни стварни дух. Дакле, Хегелово постулирање апсолутне идеје и њеног развоја је, постулирање бесадржајне апстракције људске мисли као универзума. Хегелова мисао која продукује ту универзалну идеју настоји да покаже како је она сама (Хегелова мисао) и целокупна стварност само производ те идеје, а заправо је сама та идеја производ Хегелове мисли. „Производеће се приказује као оно што је произведено“, примећује Маркс, и додаје – „у томе је Хегелов мистицизам“. Сходно томе, Хегел „прелаз из породице и грађанског друштва у државу, не изводи из посебне суштине породице итд. и посебне суштине државе, него из општег односа нужности и слободе. То је онај исти прелаз из сфере суштине у сферу појма који је остварен у логици.... то су увек исте категорије које дају душу час овој, час оној сфери“¹⁶. На тај начин Хегел стално пише своју логику, без обзира чиме се бавио. Његова филозофија права, у том смислу, представља само једно поглавље логике.

3. Држава је производ социјалног квалитета човека

Прелазећи на анализу и критику Хегеловог схватања државног устројства, Маркс најпре критикује Хегелово схватање устава као највишег закона државе, а онда се супротставља Хегеловој одбрани монархијске власти

15 Исто, стр. 9.

16 Исто, стр. 10.

и схватању бирократије, афирмишући, додуше на апстрактан начин, принципе демократије и захтеве за људском слободом.

Он оспорава Хегелово схватање по коме је „ум устава изражен у апстрактној логици“, због чега се уместо „појма устава“ добија „устав појма“, и услед чега се даље мисао не управља према природи државе, већ се држава управља према једној готовој мисли¹⁷. Насупрот Хегелу, Маркс поставља захтев за „уставом који у себи самом има одредбу и принцип да напредује заједно са свешћу; да напредује са стварним људима, што је могуће тек онда кад „човек“ постане принцип устава“¹⁸. Значи, Маркс основу нормативне делатности види у човеку и његовим сврхама у животу. Исто тако он замера Хегелу што „државне послове и делатности схвата апстрактно за себе; а посебну индивидуалност као њихову супротност“, што „заборавља да је посебна индивидуалност људска индивидуалност и да су државни послови и делатности људске функције; он заборавља да суштина „посебне личности“ није њена брада, њена крв, њен апстрактни физис, већ њен социјални квалитет и да су државни послови итд. само начини опстојања и деловања социјалних квалитета људи“¹⁹. Према томе за Маркса држава није неки генерални субјект који се служи људима као средством за постизање неких својих, њима непознатих циљева. Људи нису функција државе, већ је држава функција људи; њихова друштвена условљеност захтева један рационални облик организације којим успевају да на најбољи начин остваре своје људске сврхе. То Маркс истиче кад каже да људи у држави нису уједињени својим природним бићем, већ чињеницом своје егзистенције као друштвено одређене везе између људи. дакле, овде већ налазимо елементе Марксовог социолошког и материјалистичког разумевања човека. Ван друштва, човек је апстрактно ништа, још само усамљени примерак животињске врсте. Већ овде може се наслутити Марксово супротстављање Хегеловој сувој апстракцији људског бића, свег богатства конкретних одредаба човека као социјалног бића.

Критикујући Хегелова конзервативна политичка убеђења изражена у признању и одбрани принципа монархијске владавине и бирократије као посредујућег, оштег сталежа друштва, Маркс и овде утврђује одређене антиномије у токовима Хегелове мисли; паралелене процесе, од којих у једном обично постоји клица која се може развити у правцу прогреса и слободе човека, док други, за који се Хегел залаже, обично има конзервативан карактер.

17 Исто, стр. 17.

18 Исто, стр. 17.

19 Исто, стр. 19.

4. Суверенитет монарха или народа?

Говорећи о владарској власти Хегел истиче три момента који чине њен тоталитет: “општост устава и закона, већање као однос посебног према општем и моменат последње одлуке као самоодређење у које се све остало враћа и одатле узима почетак збиље”²⁰. На овај начин Хегел је у ствари одредио појам суверености државе као јединства ових момената. Али, приметно је акцентовање задњег члана, „последње одлуке“ из којег ће Хегел извести схватање суверенитета као само овом моменту припадајућег, а индивидуално оличеног у монарху. Анализом структуре политичке државе Хегел утврђује да она егзистира преко својих „основних одредаба које чине супстанцијално јединство као идеалност њених момената”²¹. Он утврђује сложеност и разуђеност државних структура, али стално инсистира на схватању да оне могу постојати само као тоталитет.

У даљој изради појма суверенитета Хегел даје основе за два правца размишљања. По једном, суверенитет је унутрашња нужност, несвесна слепа супстанција. Овакво схватање суверенитета везано је за одређење посебних послова и власти државе као несамосталних и у држави уједињених као у њиховом „простом сопству“. Овако одређен суверенитет Хегел назива суверенитетом државе. Али у пр. 279 Хегел одређује суверенитет и као „субјективност која је извесна сама себе, као апстрактно, те утолико неосновано, самоодређење воље у коме се налази крајња одлука”²². Преко ове одредбе суверенитета он настоји да га веже за личност монарха.

Развијајући овај параграф Маркс показује Хегелове логичке недоследности и познат метод мистификације. У делу параграфа у коме Хегел одређује суверенитет као идеализам државе, Маркс примећује да он не би имао потребе да суверенитет везује за имагинарну субјективност државе, да је однос субјекта и предиката схватио на исправан начин. У том случају суверенитет би био нужно везан за реалну субјективност државе. „Да је Хегел пошао од стварних субјеката као основа државе, не би био принуђен да се држава на мистичан начин претвара у субјекат”²³. „Али субјективност“, каже Хегел, „у својој истини бивствује само као субјекат, личност као лице”²⁴.

20 Исто, стр. 18.

21 Исто, стр. 18.

22 Исто, стр. 20.

23 Исто, стр. 21.

24 Исто, стр. 20.

Ово је такође мистификација, примећује Маркс и насупротив Хегелу истиче да је субјективност одредба субјекта, личност одредба лица, а не да субјективност егзистира као субјект, личност као лице. Дакле, Маркс утврђује логичну релацију између субјекта и предиката, у којој је предикат појам који означава својство субјекта, а не појам који се у својој мистичној општости претвара у субјекат и сада производи појединачне, реалне субјекте, као своје предикате, како је то код Хегела. „Уместо да их узима само као предикате њихових субјеката, Хегел осамостаљује предикате и допушта да се они на крају, на мистичан начин, преобразе у њихове субјекте. Егзистенција предиката је субјекат: дакле, субјект је егзистенција субјективности итд. Хегел осамостаљује предикате, објекте, али осамостаљујући их он их одваја од њихове реалне самосталности од њиховог субјекта. После тога се појављује реални субјект као резултат, док треба полазити од реалног субјекта и посматрати његову објективизацију“²⁵.

Маркс такође критикује и другу одредбу суверенитета код Хегела, где он везује суверенитет не за индивидуалност уопште, већ за појединачну индивидуалност, за личност монарха.

У ствари, покушавајући да оправда схватање да је суверенитет идентичан с личношћу монарха, Хегел упада у недопустиве противречности правећи дистинкције између две одредбе суверенитета, али и настојећи да каже да је једна иманентна другој, што не може бити случај. Наиме, Хегел меша два субјекта суверенитета. Он одређује суверенитет и као „субјективност која је извесна саме себе“ и као „неосновано самоодређење воље, као индивидуалну вољу“²⁶.

Он покушава да покаже да је прву одредбу могуће свести на другу. Међутим, то нужно следи; јер, ако је за Хегела „субјект егзистенција субјективности“, односно појединачно као предикат, производ општег као субјекта; онда прва одредба суверенитета може бити везана за индивидуалност уопште, за колективни субјект, на пример парламент, који из себе излучује, производи монарха као појединачну индивидуалност, те према томе монарх не може бити суверенитет државе, због тога што је он производ, а не производеће. Потенцирајући другу одредбу Хегел истиче да је монарх „личност државе“, персонифицирани суверенитет“²⁷, телесна свест државе која искључује све друге појединце из суверенитета. Тако је Хегелов суверенитет државе сведен на индентите државе и монарха. Он покушава

25 Исто, стр. 21.

26 Исто, стр. 22-3.

27 Исто, стр. 23.

рационалним путем да оправда ирационалну максиму неограничене воље за влашћу – држава то сам ја.

Маркс иронизира Хегелову спекулацију која, с једне стране, постулира дух, развој идеје, а с друге стране, чини да се сва сила идеје обистињује у пуким природним фактима. Хегел доказује да рођење чини монарха монархом, нашто Маркс примећује да се у том смислу монарх нимало не разликује од коња. Маркс истиче да Хегел непрекидно са висина спекулације пада у груби материјализам и да се природа Хегелу свети зато што је запоставља.

Поред наведене противречности у одредби суверенитета код Хегела се налази још један аспект проблематике суверенитета који је такође у себи противречан и који ће послужити Марксу да укаже на значај народа и на схватање суверенитета као самоодређења народа.

Према Хегелу суверенитет се испољава у два вида: као суверенитет према унутра и то монарх и као суверенитет према споља, а то је народ. „О народном суверенитету може се говорити у том смислу да је народ уопште према вани нешто самостално и да твори самосталну државу“²⁸, пише Хегел. Маркс истиче да је ова одредба неспојива с претходном одредбом о суверенитету према унутра оличеном у монарху. Ова противречност дозвољава Марксу да развије позитивне особине или моменте Хегелове мисли. Он примећује да је суверенитет могуће схватити и као репрезентовање народног јединства. У том случају би се монарх имао разумети само као симбол народног јединства, те би Хегелов став о суверенитету монарха отпао, јер се монархов суверенитет изводи из народног суверенитета, а не обрнуто. С обзиром да је то стварно тако Маркс иде даље и пита: „Није ли суверенитет који је апсорбован у монарху илузија?“ И додаје: „суверенитет монарха или народа, то је питање“²⁹. На овај начин Маркс указује на потребу теоријског и практичног разрачунавања са постојећим друштвеним односима. Његово питање је *implicite* позив на изјашњавање, а оно се може реализовати само као борба за суверенитет народа.

Преко критике Хегеловог схватања суверенитета и опредељења за суверенитет народа, Маркс изводи и доказује преимућство принципа демократије насупрот монархији. Тако се критика Хегелових правно-политичких схватања претвара у супротно политичко опредељење од Хегеловог монархизма и политичког конзерватизма. Маркс постаје све отворенији борац за остварење демократских политичких институција.

28 Исто, стр. 25.

29 Исто, стр. 25.

5. Критика монархистичког у име демократског принципа

Образлажући принцип демократије Маркс још не успева да се ослободи кретања у сфери апстракција, али и поред тога нит материјализма, макар и апстрактног, јасно се опажа у његовом постављању човека као слободног бића у центар политичких односа из кога израстају све политичке институције, целокупно државно устројство. Он се служи Хегеловом терминологијом да би оспорио Хегелова схватања. Основну разлику између демократије и монархије Маркс изражава ставом да је, „демократија истина монархије“³⁰. Ова формулација је преузета од Хегеловог начина означавања развојности објективног духа. Познато је да је Хегел сваки следећи стадијум у развоју идеје на нивоу објективног духа означавао као „истину и слободу“ у односу на предходни стадијум. Истичући даље разлике између монархије и демократије Маркс учачава да је у монархији „целина, народ супсумирана под један од њених начина опстојања, под политички устав“, док се у демократији „сам устав појављује као једна одредба, наиме као самоодређење народа“³¹. Према Марксу, „у монархији имамо народ устава: у демократији устав народа. Демократија је решена загонетка свих устава. Овде се устав стално своди на своју реалну основу, на реалног човека, на реални народ и утврђује се као његово властито дело.... Устав се јавља као оно што јест: Слободан продукт човека“³². Разлика између демократизма и монархизма аналогна је разлици између материјализма и идеализма. Хегел из идеализма државе конструише реалног човека, док Маркс из реалних друштвених односа развија општост државе. „Хегел полази од државе и претвара човека у субјективiranу државу; демократија полази од човека и претвара државу у објективiranог човека. Као што религија не ствара човека, већ човек ствара религију, тако ни устав не ствара народ, већ народ ствара устав“³³, каже Маркс. Основно у Марксовом схватању демократије као принципа државне организације који превазилази монархијски принцип је то да је у демократији закон ради човека, а не човек ради закона, да су нормативни инструменти државе, устав, закон итд..., па и сама држава, само један облик самоодређења народа. Овакав приступ политичкој организацији друштва представља резултат Марксових сазнања из периода сарадње у „Рајнским новинама“ где се он стално суочавао са потребом да објасни друштвене и политичке феномене стварности у којој је живео, али није успевао то да учини у оквиру мисаоног система којим је располагао. Тек

30 Исто, стр. 26.

31 Исто, стр. 26.

32 Исто, стр. 26.

33 Исто, стр. 27.

сумње у Хегелову филозофију права, критички приступ њеном изучавању обogaћен практичним искуством помогао је Марксу да направи прве кораке у одлучном развоју материјалистичког схватања друштвених појава. Овај приступ још изразитије долази у Марксовој критици Хегеловог схватања организације и деловања државе у форми управне власти, тј. у Марксовој критици Хегеловог схватања бирократије.

6. Марксова критика бирократије

За Хегела је бирократија људска стварност управне власти, односно та власт као скупина људи којој је поверено њено вршење. „Послови управљања су објективне природе и за себе, по својој супстанцији већ решени“³⁴, јер, они су „продужење и одржавање онога што је већ одлучено“, а што, по Хегелу припада суверену. Управна власт представља „објективну страну суверенитета који је својствен монарху“³⁵. Код управне власти избор индивидуа за њено вршење није унапред одређен природом личности и рођењем, што је случај са владарском влашћу, већ зависи од њихових стечених квалитета, а изражених и потврђених полагањем посебног испита којим се доказује способност појединих индивидуа да врше послове управне власти. Стога Хегел у чиновницима види свест државе у погледу правичности и интелигентности“³⁶. Ипак, за случај злоупотребе власти, Хегел предвиђа осигурање државе и оних којима се управља, од стране надлештава. То осигурање налази се у двострукој контроли којој је подвргнуто вршење управне власти. Контрола се остварује, „с једне стране, непосредно у њиховој хијерахији и одговорности, а с друге стране, у овлашћењу општина и корпорација“³⁷. Разлог што се „образовање и спретност не претварају у средства самовоље и господарства“³⁸, Хегел види у утицају „институција суверенитета одозго на доле и права корпорација одоздо на горе“³⁹. Дакле, поред унутрашње контроле садржане у хијерархијском устројству бирократије, Хегел наводи и двоструку спољашњу контролу која се остварује одоздо и одозго као утицај грађанског друштва и владара на бирократију. Државни чиновници

34 Исто, стр. 37.

35 Исто, стр. 38.

36 Исто, стр. 39.

37 Исто, стр. 40.

38 Исто, стр. 39.

39 Исто, стр. 39.

су, по њему, главни део средњег сталежа „у коме се налази образована интелигенција и правна свест једног народа“⁴⁰.

Марксова критика ових Хегелових мисли о бирократији полази од примедбе да Хегел „даје емпиријско описивање бирократије и то делом каква је она стварно, а делом шта сама мисли о свом бивству“⁴¹. Хегел заснива бирократију на одвајању „државе од грађанског друштва“, општег од посебног интереса; он не развија „садржај бирократије, већ само неке опште одредбе њене формалне организације“⁴². Према Марксу, Хегел није успео да покаже да је бирократија „само формализам једног садржаја који се налази изван ње“⁴³. Он није успео да објасни истински однос између тог садржаја и форме, тј. да покаже како се садржај оформљује, да је форма иманентна садржају, у ствари, да је отуђена форма израз отуђеног садржаја човековог бивствовања. Критикујући Хегелово схватање бирократије, Маркс развија изванредне мисли о бирократији које су критика самог бића бирократије и чија ће актуелност престати тек с престанком предмета критике, тј. са нестанком таквог облика друштвене организације који из себе нужно репродукује бирократију као своје појавно лице, ако је то у принципу могуће. Ову критику Маркс гради на елементима које је Хегел уочио, али их доводи у другачије односе из којих они сами као и њихови односи постају непосредно разумљиви. Тако на пример, указујући на однос корпорације грађанског друштва и бирократије, у којима је Хегел видео спољашњу контролу бирократије одоздо, Маркс уочава сличности и супротности ова два облика испољавања грађанског друштва. „Корпорације су материјализам бирократије, а бирократија је спиритуализам корпорације“⁴⁴. Он у корпорацијама налази бирократију грађанског друштва, а у бирократији корпорацију државе. Оне се, по њему, налазе у сукобу као „грађанско друштво државе“ – бирократија и „држава грађанског друштва“⁴⁵ – корпорације. Оне су два лица отуђених друштвених односа и желе себе да истакну као нешто опште и нужно не схватајући да су само посебни облици друштва, који се боре за примат властитог интереса. Али, границе сукоба између њих налазе се тамо где се појављују тенденције за превазилажење оба ограничења. „Чим се стварни живот државе буди и грађанско друштво се на основи подстицаја властитог ума ослобађа корпорација, бирократија настоји да их рестаурира, јер чим пада „држава грађанског друштва“,

40 Исто, стр. 39.

41 Исто, стр. 40.

42 Исто, стр. 40.

43 Исто, стр. 40.

44 Исто, стр. 40.

45 Исто, стр. 40.

пада и „грађанско друштво државе“. Спиритуализам ишчезава заједно са супроствљеним му материјализмом.. Исти дух који у друштву ствара корпорацију ствара у држави бирократију⁴⁶. Бирократија је, наставља Маркс, „државни формализам“ грађанског друштва; она је „државна свест“, „државна воља“, „државна моћ“, као посебна корпорација (општи интерес се може одржати према посебном само као нешто „посебно“ докле год се посебно према општем одржава као нешто „опште“. Бирократија, дакле, мора штити имагинарну општост посебног интереса, корпоративни дух, да би заштитила имагинарну посебност општег интереса, свој властити дух. Држава мора бити корпорација докле год корпорација хоће да буде држава, она сачињава, дакле, посебно, затворено друштво у држави⁴⁷. За Маркса је бирократија „сплет практичних илузија“, односно „илузија државе“. Њен дух је скроз наскроз језуитски, теолошки дух. Бирократи су државни језуити и државни теолози. Бирократија је поповска република⁴⁸. Бирократија прави замену између државних циљева и властитих циљева. Она властите циљеве претвара у државне циљеве. Зато јој „стварни циљ државе изгледа као циљ против државе ... бирократија важи самој себи као последњи, крајњи циљ државе.... циљеви државе се претварају у циљеве уреда или уредски циљеви се претварају у циљеве државе. Бирократија је круг из кога нико не може изаћи. Њена хијерархија је хијерархија знања. Врх се ослања на ниже кругове кад је у питању увид у појединачно, док се нижи кругови поверавају врху кад је у питању увид у опште и на тај начин се узајамно обједињују⁴⁹. Због тога Маркс у бирократији види имагинарну државу поред реалне државе. Стога и свака ствар добија у том паралелизму двоструко значење: „једно реално и једно бирократско“⁵⁰. Међутим, мерило истинитости није реалност, већ онострана, имагинарна суштина бирократског значења ствари. „Бирократија поседује суштину државе, спиритуалну суштину друштва; она (држава) је њено приватно власништво“⁵¹. Пошто је бирократија спиритуални супстрат друштва, то је, „општи дух бирократије тајна, мистерија која се одржава у њој самој путем хијерархије, а према вани као затворена корпорација. Отворени дух државе, као и настројеност за државу изгледају онда бирократији као издаја њене мистерије“⁵². За бирократију је „ауторитет принцип знања, а

46 Исто, стр. 40.

47 Исто, стр. 40.

48 Исто, стр. 41.

49 Исто, стр. 41.

50 Исто, стр. 41.

51 Исто, стр. 41.

52 Исто, стр. 41.

обоготворење ауторитета је њено осећање⁵³. И док бирократија жели себи да важи за спиритуализам друштва, дотле Маркс уочава да се њен спиритуализам у њој самој претвара у груби материјализам. Наиме, појединачни бирократа не хаје толико за тим да одржава илузију бирократије да је она суштина државе, колико тежи за тим да вршећи чиновничке послове себи прибавља материјалне користи, а до њих се долази побеђивањем у трци за више положаје, прављењем каријере. Због тога је за бирократију државни циљ, пре свега, његов приватни циљ, тј. он своје приватне циљеве идентификује са државним циљевима. Материјализам бирократије изражен је у њеном духу „пасивне покорности и вере у ауторитет, у механизам фиксног формалног деловања“⁵⁴. За бирократу је свет „само прости објекат његове делатности“⁵⁵, закључује Маркс.

Критичком анализом Хегелових поставки о бирократији, Маркс задира у само биће бирократије, тако да његова анализа остаје и данас непревазиђено карактерисање овог феномена, која се стога сигурно може уврстити у ред оних претпоставки и сазнања која ће бити од великог значаја за разумевање каснијих конкретних облика испољавања бирократске свести и интереса и која ће помоћи Марксу и Енгелсу да у схватању револуције пролетаријата укажу на опасност која стоји и пред пролетерском револуцијом односно, пред конституисање пролетерске државе.

Маркс је схватио да је однос општег и посебног у бирократији постављен тако да се „идентитет државног интереса и посебног приватног циља“ сукобљава као „један посебан приватни циљ према другим приватним циљевима“⁵⁶, дакле, однос општег и посебног стварно и не постији. Бирократија жели себе да представи као оно опште, али је она то само у својој илузији. Зато Маркс подвлачи да се укидање бирократије може извршити само тако да „општи интерес постане стварни посебни интерес“, што је опет могуће „само ако посебни интерес стварно постане општи интерес“⁵⁷. Хегел је, према Марксу, пошао од супротности која није стварна, тј. да је бирократија опште, а корпорација као облик грађанске „самоуправе“ који за себе захтева извесну независност, да је оно посебно. Пошто супротност није стварна, тј. пошто се ради о сукобу два посебна интереса, то је и идентитет општег и посебног, који је Хегел хтео да успостави у бирократији, имагинаран.

53 Исто, стр. 41.

54 Исто, стр. 42.

55 Исто, стр. 42.

56 Исто, стр. 42.

57 Исто, стр. 42.

Закључак

Значај Марксове критике Хегелових правно-политичких схватања је вишеструк. Она је у својој целини битна претпоставка за развијање идеје и теорије социјалне револуције у раним радовима класика марксизма. Ова критика показује да је целокупан Хегелов филзофски систем једна идеалистичка фикција; да је држава утемељена у друштвеним односима; да суверенитет припада народу, те да је демократија једини рационални принцип организације државне власти.

Марксова критика Хегелове правно-политичке филзофије у суштини представља превазилажење Хегеловог апсолутног објективног идеализма као филзофске позиције. Наиме, критиком Хегелових правних и политичких схватања, Маркс подвргава темељној критици основе Хегеловог филзофског система, односно Хегелову Логику, апстрактно-идеалистички дијалектички метод сазнања као и Хегелова конзервативна политичка схватања, изражена у признању постојеће државне и друштвене организације као на уму засноване.

Литература

- К.Маркс – Ф.Енгелс, Дела том I, Просвета београд 1968.
- К. Маркс – Ф. Енгелс, Дела, том II, Просвета Београд 1968.
- К. Маркс – Ф. Енгелс, Дела, том III, Просвета Београд 1972.
- К. Маркс – Ф. Енгелс, Дела, том IV, Просвета Београд 1968.
- К. Маркс – Ф.Енгелс, Дела, том VI, Просвета Београд 1974.
- Гароди Роже, Карл Маркс, Култура Београд 1968.
- Корш Карл, Материјалистичко схватање човека и историје, БИГЗ 1975.
- Кораћ Вељко, Марксово схватање човека историје и друштво БИГЗ 1975.
- Косик Карел, Дијалектика конкретног, Просвета Београд 1967.
- Лефевр Анри, Марксизам, Комунист Београд 1958.
- Лукач Ђерђ, Млади Маркс, БИГЗ Београд 1976..
- Петровић Гајо, Философија и револуција, Напријед Загреб 1973.
- Петровић Гајо, Философија и марксизам, Напријед Загреб, 1976.
- Враницки Предраг, Хисторија Марксизма, Напријед Загреб 1975.

Вранички Предраг, Мисаони развитак Карла Маркса, Матица Хрватска Загреб 1963.

Шешић Богдан, Развој и савремени проблеми филозофије марксизма; Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1974.

Г.В.Ф. Хегел, Основне црте филозофија права, Сарајево, Веселин Маслеша, 1989.

Г.В.Ф. Хегел, политички и правни списи, Београд, Нолит, 1981.

Prof. Dragan Ćorbić, Ph.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Marx's Criticism of Hegel's Philosophy of Law and Politics

Summary

The paper discusses Marx's criticism of Hegel's philosophy of law and politics, the basic concepts and categories of Hegel's philosophical system: the criticism of his conception of absolute knowledge, the criticism of the antinomy between the state and the civil society, the criticism of the principle of monarchist conception of sovereignty as opposed to the democratic principle of the sovereignty of the people, as well as the criticism of a bureaucratic state organization model. In particular, the author focuses on the criticism of Hegel's idealism and abstract thought (absolute idea) with no real content, the system of clerical rule which becomes an end in itself, the concept of the state that serves the interests of the ruling class. Further on, the paper discusses the criticism of the bourgeois state as an organization alienated from the society and serving the big capital interests. In his criticism of Hegel's philosophy, Marx argues that the state should undergo a change: from an organism superimposed upon the society it should turn into a body entirely subordinate to the society. The society must be the base for developing the state, which can neither be a means to its own ends nor an ultimate self-sufficient purpose.

Key words: *criticism, absolute idea, absolute knowledge, logic, idealism, alienation, dialectics, democracy, state, monarchy, sovereignty, bureaucracy, hierarchy, civil society, family.*

Др Предраг Димитријевић,

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Дејан Вучетић,

Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

УПРАВЉАЊЕ РЕГУЛАТОРНИМ ПРОЦЕСОМ

Апстракт: Предмет рада је анализа управљања регулаторним процесом, односно анализа ефеката прописа (енг. RIA), одређивање њеног појма, карактеристика и циљева како би се, на основу искустава најважнијих управних система, дефинисала „најбоља пракса“ и законодавцу указало на значај њене примене приликом израде нацрта прописа, јер се подизањем квалитета регулаторних аката подиже и ефективност одговарајућих јавних политика, уз њихову већу отвореност, партиципацију јавности и одговорност. Аутори наводе кључне логичке кораке и операције које подразумева примена RIA као и најважнија начела доброг управљања регулаторним процесом: неопходност, ефикасност, делотворност, пропорционалност, транспарентност, одговорност, и предостројност. У раду се потом подробно наводе појмови и карактеристике најважнијих фаза и активности а нарочито: прикупљање података, дефинисање проблема и циљева, идентификовање и анализе могућих опција за решење проблема, анализа утицаја и трошкова тих опција, анализа трошкова и користи, ефикасности трошкова, мулти-критеријум анализа, модел стандардног трошка, општи план о самовредновању, консултовање заинтересованих страна, примене и контроле изабране опције и израда извештаја. Истакнуте су предности најзначајнијих (регулаторних и нерегулаторних) опција које се могу разматрати током RIA процеса, које укључују: традиционални приступ, корегулацију, саморегулацију, примену економских инструмената, информационог приступа, чак и одсуство регулације у случају тржишног решења проблема.

Кључне речи: управљање регулаторним процесом, анализа ефеката прописа, јавне политике, управни системи.

1. Анализа ефеката прописа (RIA) – појам, користи и циљеви

Проблем „регулаторне инфлације“ доприноси колизији важећих прописа, њиховој непрегледности и тешкоћама у проналажењу меродавне норме, нејасности и неуједначености појмова, што свеукупно ствара стање правне несигурности. Феномен „регулаторног терета“ последица је хипертрофије прописа.¹

Важан корак у реформи јавне управе јесте систем процене утицаја прописа. Овај циљ могуће је остварити увођењем процеса за проверу квалитета, односно утицаја прописа, као и увођењем методологије за састављање нових закона и прописа («ex ante» провера) уз преузимање добре праксе. Укључивањем механизма транспарентности провере смањују се трошкови и употпуњавају регулаторне празнине.

RIA (енг. *Regulatory Impact Analysis*) је процес анализе утицаја прописа на социјални, економски и правни амбијент, са циљем да надлежни органи (управе) креирају бољу правну регулативу.² Наиме, предлагач закона има обавезу да изврши анализу процене утицаја одређеног прописа, прецизира који се конкретан проблем решава новим прописом, објасни колико и да ли ће нова регулатива користити приликом примене нормативних решења која нуди, односно да ли ће користи бити веће од трошкова и убеди заинтересоване да ће нова регулација (пропис) утицати на одговарајуће регулаторне циљеве (нпр. тржишну конкуренцију, ефикасне процедуре и друге опште и посебне циљеве). Циљ ове процедуре је да идентификује алтернативне доступне нормативне опције и њихов вероватни (позитивни и/или негативни) утицај на економске, еколошке и друге области друштва. На тај начин RIA доприноси квалитету регулационих одлука.³

Анализа ефеката прописа (АЕП/RIA) јесте поступак прикупљања и организовања информација са циљем да идентификује и квантификује очеки-

1 Д. Миловановић, Н. Ненадић, В. Тодорић, *Студија о унапређењу законодавног процеса у Републици Србији*. Београд, 2012, стр. 142.

2 Пре скоро четрдесет година постојали су бројни захтеви и концепти (IIS, EIS, RA, RIA, EA) са циљем да се узме у обзир анализа користи и трошкова у циљу успостављања економије благостања. Међутим, чини се да је RIA доживела најширу глобалну примену.

3 ОЕЦД-ов извештај наводи да су главни циљеви који се постижу применом АЕП: повећање разумевања реалних ефеката активности државне управе укључујући и трошкове и користи тих активности; интегрисање алтернативних опција за остварење циља; унапређење транспарентности и споровођење јавне расправе и повећање одговорности државне управе. **OECD, Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD countries**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1997.

ване утицаје прописа и њихових главних алтернатива, да пружи податке о користи за друштво и укаже на ефекте по различите интересне групе и грађане. RIA се првобитно односила на економске ефекте прописа. Касније је преовладало схватање да се морају сагледати укупни ефекти прописа на друштво као целину и животну средину.

Према томе, АЕП представља оцену могућих последица предложеног новог прописа или измена и допуна постојећих прописа. Она обухвата детаљну анализу с циљем стицања уверења да ће нови пропис имати намеравани ефекат уз истовремену идентификују „споредних“ последица и трошкова повезаних са новим прописом.⁴

АЕП (RIA) истовремено промовише одређену јавну политику, кроз детаљно разматрање могућих утицаја одлука. Она подстиче творце политике да приликом разматрања законодавних активности доносе одлуке, које у односу на шире економске и дистрибутивне циљеве дају оптимална решења проблема. АЕП не представља замену за процес доношења одлука. То је приступ који унапређује квалитет политичког и административног одлучивања, јер пружа отвореност, укључивање јавности и одговорност.⁵

Након доношења политичке одлуке о постизању одређеног циља или сврхе (јавна политика), процена учинака се користи за развој могуће алтернативне политике, како би се изабрала она мера којом ће се задати циљ постићи на најделотворнији и најисплативији начин.

Главне користи RIA процеса јесу да креатори одговарајуће јавне политике могу:

- да благовремено открију и разумеју утицаје прописа (процена и опис трошкова и користи),
- да остваре транспарентност процеса регулације јер заинтересоване стране могу представити своје погледе кроз консултације са регулатором и током јавне расправе,
- да побољшају рад државне управе, унапреде координацију регулаторних активности и одговорност регулатора,
- да побољшавају транспарентност и разумевање владине политике, уједињују различите интересе и приступе проблему и повећавају одговорност за регулаторне интервенције.

4 Д. Миловановић, Н. Ненадић, В. Тодорић, оп. цит, стр. 159.

5 J. F. Morrall III, Regulatory Impact Analysis: efficiency, accountability and transparency. In: *Conference of the APEC-OECD Co-operative Initiative on Regulatory Reform*, Singapore, 2001, p. 1.

Циљ увођења RIA је и покретање „гиљотине прописа“ којом се уклањају непотребни и неефикасни прописи, као и формалности (дозвола и процедура) које су неповољне и оптерећују трошкове пословања.⁶

RIA се разликује од (предходне) евалуације јавне политике јер је њен предмет одређени нацрт закона или прописа. Сем те формалне разлике, у смислу предмета евалуације, у методолошком смислу нема разлике. Методи евалуације политика и методи анализе прописа (RIA) углавном су исти. То се нарочито види приликом евалуације регулаторне политике. Квалитетније правно одлучивање води ка бољим политичким одлукама. Тако се RIA појављује као средство којим се постижу два циља. Подиже се квалитет процеса одлучивања са циљем да се органи који доносе политичке одлуке информишу, на који начин регулаторно интервенисати да би се остварили јавни политички циљеви.⁷

Због тога потребна је политичка подршка за спровођење RIA, односно да постоји централно тело (Влада) које надгледа, даје коментаре и извештава о квалитету нацрта прописа, пре доношења одлука.⁸ Такође, треба осигурати овај процес у раној фази, како би се могле идентификовати области анализе⁹ и одредити адекватна методологија *ex ante* и *ex post* процене

6 Тзв. „Гиљотина прописа“ је пројекат са циљем да се садашњи пословни прописи преиспитају и поправе, тако да се застареле одредбе уклоне или измене. Овај процес је резултирао смањењем трошкова, уклањањем административних препрека за пословање у циљу стварања јасних и предвидљивих прописа. „Гиљотина прописа“ је претходник за целовито и одрживо спровођење анализе процене утицаја прописа на (пословно) окружење (RIA). Она је инструмент за укидање прописа који више нису потребни и измену постојећих прописа. Суштина је да се отежавајући прописи прво идентификују, а да на снази остану само они који су неопходни.

7 Процена утицаја прописа је документ који прати предлоге прописа, а у циљу пружања подршке процесу одлучивања, коју прати анализа са расположивим регулаторним опцијама и могућим утицајима који могу произаћи из њих. Европска комисија је увела процену утицаја прописа - RIA 2003. године, а 2006. године је објавила унапређење економске анализе предложене регулативе, која се односи на конкурентност, дајући велики значај консултацијама са заинтересованим привредним субјектима. **OECD**, *OECD Reviews of Regulatory Reform: Regulatory Impact Analysis - A Tool for Policy Coherence*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2009, p. 12.

8 RIA процес треба да надгледа независна јединица у централној влади, која није директно укључена у послове регулације, те може дати непристрасно и професионално мишљење о квалитету спроведене RIA.

9 Анализа процене увођења прописа (RIA) важна је и при утврђивању временских приоритета усклађивања прописа, планирања буџета и односа државне управе према онима на које ће спровођење прописа утицати. Применом ове анализе законодавна тела ће одабрати смер и инструменте одлучивања,

(критеријуми и правила за разматрање нацрта прописа). То су неопходне претпоставке RIA процеса.

2. Начела RIA

Процена учинака прописа је процес доношења одлука о прописима утемељен на прикупљању релевантних података, који ће послужити као смернице за одабир најбоље нормативне опције. RIA подразумева низ логичких корака за припрему предлога прописа или одређене јавне политике.

Да би се обезбедио квалитет прописа, надлежни органи управе (министарства, секретаријати и комисије) и други државни органи, приликом њихове израде, предлагања и усвајања, треба да поштују следећа начела:

1) **Начело неопходности** подразумева да: (1) се пропис усваја само када је то неопходно, (2) да пропис не може да садржи непотребне процедуре и административне трошкове, као и (3) да се на основу континуираног праћења примене прописа, утврди потреба да ли га треба ставити ван снаге, односно изменити или допунити.

2) **Начело ефикасности** подразумева да: (1) пропис за друштво треба да има за последицу више користи него трошкове, (2) да се циљеви прописа остварују уз најниже трошкове, узимајући у обзир алтернативе прописима и различите садржинске приступе и облике прописа, и (3) да је „друштвено оправдана“ дистрибуција свих (позитивних и негативних) последица на различите друштвене групе. Основни циљ регулаторних реформи је промоција економске ефикасности и раста. Отуда регулаторне промене треба да се темеље на анализи трошкова и ефикасности.¹⁰

3) **Начело делотворности** (ефективности) подразумева да: (1) се прописом решава уочени проблем, (2) је пропис применљив, (3) пропис јасно дефинише овлашћења надлежних (државних и недржавних) субјеката као носилаца јавних овлашћења, (4) су субјекти на које се пропис односи у могућности да по њему поступају.

Ако желимо да одезбедимо објективну (реалну) и квалитетну регулацију, потребно је у RIA процесу имати три фазе: утврђени став за предложену акцију (регулаторну интервенцију државних органа, агенција и др.) ис-

методу спровођења и надгледања спровођења, институционални оквир, увођења инструмената и др.

10 J. F. Morrall III, Regulatory Impact Analysis: efficiency, accountability and transparency. In: *Conference of the APEC-OECD Co-operative Initiative on Regulatory Reform*, Singapore, 2001, p. 2.

питивање алтернативних приступа и анализу користи и трошкова свих идентификованих регулаторних алтернатива.

4) **Начело пропорционалности/сразмерности** значи: (1) да су оптерећења која пропис намеће субјектима на које се односи сврсисходна и оправдана и (2) да се приликом израде прописа користи сврсисходан ниво анализе ефеката прописа. Треба успоставити равнотежу између користи и трошкова у економском, али и у ширем социјалном смислу. Принцип пропорционалности значи да утрошак средстава за анализу буде оправдан ефектима регулативе. Овај принцип треба посебно имати у виду. Напори уложени у спровођење РИА треба да буду сразмерни нивоу очекиваних утицаја. Процена утицаја прописа (РИА) је задатак који захтева време и ресурсе административног органа задуженог за израду закона. Зато би дубина анализе ефеката прописа требало да одговара утицају предложеног нацрта истог.¹¹

5) **Начело транспарентности**. Пре него што се уобличи финални регулациони акт, предлагач мора узети у обзир јавне коментаре, предлоге и мишљења и на тај начин показати да финални предлог регулаторног акта није резултат арбитрерности и каприциозности. Транспарентност се посебно остварује кроз консултације заинтересованих страна као важној активности РИА процеса, која је присутна у свим фазама РИА.

Јавност може да коментарише и сам РИА процес, што се јавно бележи, а може и да понуди алтернативна решења у односу да предлог РИА. У том случају, предлагач регулаторног акта то мора узети у обзир.¹² Нацрти прописа морали би се објављивати заједно са анализом о процени утицаја прописа, итд.

У неким судским поступцима, судови често обраћају доста пажње на РИА и јавну документацију која је прати, како би утврдили, да ли је регулаторна одлука проистекла из најприхватљивијег предлога. То показује транспарентност РИА јер тај поступак мора да се учини разумљивим, како би се

11 Што је утицај регулативе већи, већа је и потреба да се детаљно оправдају анализиране опције, специфична одабрана решења, као и да се учини напор и предвиде и квантификују трошкови и користи. Детаљна регулација је потребна у прописима који уређују осетљива питања као што су околина и здравље. Тако, РИА не мора бити обавезна код закона о буџету, прописа који се доносе у ванредним околностима (нпр. увођење мера после поплава или земљотреса), безбедносни прописи и сл.

12 Поред уобичајних специјализованих интересних група, у многим државама постоје веома активни трустови мозга („think tanks”) и универзитетски центри који коментаришу РИА у циљу боље регулације са аспекта економске ефикасности и циљева добре управе.

објаснило на који начин је предлагач регулаторне одлуке (агенција) дошао до предлога регулаторног акта (анализа користи и трошкова). Транспарентност RIA омогућава да све рационалне алтернативе буду проверене.

Најзад, потребно је обезбедити и праћење прописа, која подлеже процени утицаја, како би се надгледала његова примена и омогућила компарација *ex ante* и *ex post* анализе.

6) **Начело одговорности.** RIA процес доводи у позицију предлагаче регулаторне интервенције (управу, агенције) да одговарају за предлоге (доношење нове или измену и допуну постојеће регулације) који неће дати максималне бенефите. У регулаторном процесу могу се тражити друге, детаљније и боље анализе или да анализе учине нека друга тела (агенције).

RIA процес подразумева добијање коментара јавности као и мишљења са састанака интересних група о регулаторним предлозима. Ти коментари, мишљења и предлози чине јавну документацију која може бити коришћена у утврђивању одговорности предлагача и доносиоца одређеног прописа. Ефективност одређеног прописа (нпр. промене и доношење неадекватних или неспроводивих закона или њихова злоупотреба) је један од темеља критике власти.¹³

7) **Принцип предострожности** се препознаје у случајевима неповратних утицаја, где могућност неповратних губитака захтева опрез. Због тога је важно унапред идентификовати могуће ризике.

RIA припремају министарства и регулаторна тела која предлажу нове прописе, односно радне групе које они именују. Они најбоље разумеју област која се уређује и поседују податке, који су релевантни за област регулације и контакте са свим заинтересованим странама.

3. Фазе и активности које се спроводе током RIA

Анализа утицаја прописа (*Regulatory Impact Assessment* – RIA) представља процес од неколико корака који имају за циљ да аналитички и систематски одговоре на питања, да ли је регулаторна интервенција потребна и ако јесте, која од могућих регулаторних опција представља најбоље решење за решавање отворених питања и проблема у области предмета регулације. Најбољи начин да се уради RIA је кроз решавање конкретних и отворених проблема.

13 Конгрес у САД разматра Извештаје РИА а судови имају важну улогу у промоцији одговорности уколико су заобиђене или злоупотребљене РИА анализе. J. F. Morrall III, оп. цит, р. 4.

Анализа утицаја одвија се у неколико фаза, и то:

- Разматрања потребе за регулаторном интервенцијом;
- Прикупљање података;
- Анализе;
- Размена информација између предлагача прописа и заинтересованих страна и

5. Израда извештаја.

Не постоји један општеприхваћени модел RIA, али свака анализа треба да садржи: јасну идентификацију циљева, узрока и последица, консултације са заинтересованим странама, разматрање регулаторних опција и детаљно испитивање утицаја.¹⁴

RIA треба да се започне у најранијој фази јер помаже информисање доносиоца одлука о томе, да ли уопште доносити пропис или не. Често је одлука о доношењу прописа већ донета (нпр. у програму или стратегији Владе). У овом случају RIA се фокусира на опције унутар прописа, а не на генералну опцију, да ли доносити пропис или не.

Ниво потребних детаља и аналитички приступ процењује се од случаја до случаја, зависно од значаја законодавног предлога. Што је предлог значајнији, захтеваће дубљу анализу. Одлука да ли је основна RIA довољна или RIA треба да буде детаљна, може бити заснована на принципима пропорционалности и предострожности.

Као што смо већ навели постоји велики број аналитичких корака RIA процеса које треба следити.

1. Прикупљање података је једна од најважнијих активности јер квалитет RIA зависи од квалитета доступних података. Стога треба посебну пажњу посветити томе који подаци су неопходни за спровођење RIA и које технике сакупљања података применити. Треба узети у обзир да RIA обично захтева специфичне податке, с обзиром на то да се регулаторна промена обично односи на специфичну друштвену област.

Пре почетка прикупљања података треба идентификовати потребне и доступне податке, дефинисати технике прикупљања недостајућих података, одредити потребан ниво квалитета података и узети у обзир поузданост и објективност прикупљених података.

14 А. Марушић, Б. Радуловић, *Приручник за анализу ефеката прописа (RIA)*, Подгорица, 2011, стр. 5.

Анализом података (стања) требало би утврдити проблеме и њихове узроке у одређеној области и предвидети регулаторне инструменте који би обезбедили њихово оптимално решавање. То значи да на почетку законодавног процеса треба дефинисати циљеве у одређеној области, мере које се предвиђају и очекиване ефекте (нарочито користи).

Узимајући у обзир да је прикупљање података дуг процес, неопходно је што пре га почети и што је могуће више користити доступне изворе података. Често подаци могу бити нађени у министарству/регулаторном телу (скупштини, влади, агенцији и др.), које предлаже регулаторну промену, али се подаци исто тако могу добити од циљне популације (представничких удружења, предузећа, појединаца...) током консултација.¹⁵

Прикупљање података може се поделити на фазе (идентификација потребних података, излиставање доступних података, идентификација недостајућих података), које не треба предузимати механички. Процес прикупљања података је активност, која је интензивнија у почетној фази RIA, али се пречишћавање и валидација података врши током целог RIA процеса.¹⁶

2. Идентификација (дефинисање) проблема се реализује тако што се одређује: обим проблема, узроци, циљна популација, односно који су субјекти погођени и у којој мери, да ли је проблем недостатак прописа и зашто проблем није решен постојећом регулативом.

Овај корак значи дефинисање проблема, његових узрока и последица. Пошто је проблем дефинисан и започета регулаторна промена, треба скицирати прелиминарни радни план. Прелиминарни радни план ће се мењати, али је важно одредити временски оквир и показати што је прецизније могуће све активности, које ће бити предузете током RIA анализе.

„Дрво проблема“ је изузетно користан начин да се проблем разграна на узроке и последице. Кораци у прављењу „дрва проблема“ су:

навести све проблеме који се односе на анализирану област (реалне а не будуће);

б. одредити главни проблем;

в. одредити који проблеми су „узроци“ а који „последице“;

¹⁵ Процес консултација може помоћи у прикупљању недостајућих података и да обезбеди податке регулатору. На тај начин се може пренети део терета трошкова прикупљања података на циљну популацију.

¹⁶ Д. Миловановић, Д. Васиљевић, Унапређење законодавног процеса, *Правни живот*, бр. 10, 2013, стр. 227.

г. организовати „узроке” и „последице” у хијерархијски поредак.

Често измена прописа покушава да отклони узроке проблема, тако што одређени чланови прописа покушавају да отклоне специфичне узроке који стварају проблем.

3. Дефинисање циљева регулације значи: формулисати циљеве, резултате и регулаторне мере тако да одговарају проблемима, ограничити број циљева и јасно поставити приоритете у складу са стратегијама и програмима Владе.

Постоје различити циљевеи. *Специфични* циљевеи треба да буду прецизни и довољно конкретни да не би отварали различите интерпретације. Свако их мора разумети на исти начин. *Мерљиви* циљевеи треба да дефинишу жељено будуће стање, тако да је могуће измерити и верификовати да ли је циљ постигнут или не. Такви циљевеи су или квантификовани или дати као описно квантитативна комбинација. *Прихватљиви* циљевеи морају бити прихваћени од оних који су одговорни за њихово постизање. *Реалистични* циљевеи могу да се постигну расположивим ресурсима.

Сви циљевеи треба да буду са дефинисаним роковима у којима морају да се постигну.

4. Идентификација опције за решење регулаторног проблема. Иако је утврђено постојање проблема, ово не значи да је доношење прописа потребно. Често је могуће користити алтернативе прописима, нпр. информативне и едукативне кампање или различите тржишне мере и сл.

Ова фаза RIA процеса подразумева: идентификовање јавне политике за испуњење циљева, разматрање опције које испуњавају циљеве и сужавање опција филтрирањем ограничења.

Пре идентификовања опција треба имати у виду укупан спектар опција које је могуће размотрити. Уобичајена реакција регулаторних тела на уочени проблем је примена тзв. *традиционалног* (прескриптивног) приступа тј. доношење прописа, којим се нешто намеће као обавеза или забрањује, при чему примену таквог прописа надзиру државни органи и изричу санкције. *Алтернативни* регулаторни инструменти могу често остварити циљ уз ниже трошкове у односу на традиционални приступ а често је могуће користити и алтернативе регулацији.

Према томе, спектар (регулаторних и нерегулаторних) опција које се могу разматрати током RIA процеса су:

- а. Традиционални приступ: прописи које прати спровођење и надзор над применом, као и примена одговарајућих санкција државних органа (обавезна упутства и стандарди),
- б. Корегулација: пренос овлашћења репрезентативним удружењима (кодекси и стандарди подржани од регулаторног тела),
- в. Саморегулација (добровољни кодекси и стандарди),
- г. Економски инструменти: фискални и финансијски инструменти (порези, субвенције, накнаде за коришћење ресурса),
- д. Информациони приступ: информационе и образовне кампање,
- ђ. Одсуство регулације: тржишно решење где нема потребе за било каквом интервенцијом.

Не треба заборавити да је основно питање RIA, да ли је уопште потребно одређену област регулисати, односно регулаторно мењати, чак и у ситуацији када нека област претходно није регулисана.¹⁷ С друге стране, у ситуацији када је област већ регулисана, могуће је да је проблем настао као последица претходне интервенције, односно да се он може елиминисати укидањем или изменама постојећих прописа.

5. Анализа опција. RIA је процес у коме се користе различите методе анализа трошкова и користи *ex ante* промене прописа а на основу којих се доносе даље политичке одлуке.

Свака од опција унутар спектра (регулаторних и нерегулаторних) опција има своје предности и недостатке.¹⁸ Због тога све опције треба упоредити, што значи:

- а. показати позитивне/негативне стране (утицаје) сваке опције,
- б. рангирати опције по критеријумима евалуације и
- в. одредити преферентну опцију.

Треба размотри што је могуће већи број опција, како би се дошло до релевантних опција (решења). Начелно, листа релевантних опција, изгледа овако: (1) опција “не радити ништа” је опција “status quo”. Она је пожељна када су очекиване користи промене прописа ниже него трошкови. Ово значи да нема потребе за регулативом или променом регулативе у од-

¹⁷ Наиме, треба имати у виду да регулаторни инструменти можда нису потребни, односно да само тржиште може наћи ефикасно решење, односно да регулаторна интервенција може довести и до погоршања постојеће ситуације.

¹⁸ А. Марушић, Б. Радуловић, оп. цит, стр. 17.

ређеној области, већ да је проблем у имплементацији, (2) опција поједностављивања административних процедура, (3) опција саморегулације и тржишних мера, (4) опција минималне инвестиције, нарочито ако су ресурси ограничени, неопходно је размотрити опцију која би омогућила делимичну реализацију циљева са минималним инвестицијама.

У пракси се обично користи комбинација различитих опција јер оне не морају бити постављене као алтернативе једна другој, већ као комплементарна и допуњујућа решења (принцип компаративних предности). Комбинација различитих опција је најчешће најефикасније решење. У пракси је имплементација појединачне опције врло ретка.

После идентификације релевантних опција неопходно је ограничити почетни одабир на оне опције које су реалне и "изводљиве". Кључни фактори за идентификовање изводљивих опција су: мотивација циљне популације, регулаторних тела и органа примене, дужина и трошак примене, доступни подаци и искуства комбинације више релевантних опција.

5. 1. *Анализа утицаја*. Анализа опција подразумева израду листе позитивних и негативних, директних и индиректних утицаја, утврђивање економских, друштвених и утицаја околине за сваку од опција, процену административна оптерећења, одређивање утицаја на друштвене групе, економске секторе или регионе и размотрање ризика и препрека регулаторне интервенције.

Директни утицај се јавља као директна последица нове или промењене регулативе. Ово су утицаји на циљну популацију (предузећа, потрошаче, органе, грађане) и укључују трошкове који ће се појавити услед прекида производње, оперативне трошкове, административне трошкове, односно трошкове које ће држава и регулаторна тела имати током имплементације регулаторне промене (спровођење, надзор, инспекцијски трошкови, обука државних службеника и др.).

Индиректни утицаји су они који утичу на друге субјекте, који нису циљна популација (нпр. који ће бити утицај на постојеће неједнакости - полна или етничка питања) али и они који индиректно утичу на циљну популацију (нпр. утицај на животну околину, на мала, средња и велика предузећа, новооснована предузећа, у односу на већ постојећа предузећа, итд.). Анализирање дистрибутивних утицаја значи одређивање ко „добија” и ко „губи” у анализираној опцији.

5. 2. *Анализа трошкова* који су последица промене регулативе, не треба да се односи само на трошкове наметнуте циљној популацији, већ и на трошкове за друштво у целини. Постоје разне врсте трошкова, и то:

Трошкови имплементације једне регулаторне опције јављају се када циљна популација мора да ангажује додатне ресурсе да би се усагласила са захтевима регулаторне промене (нпр. трошкови нових административних захтева и сви трошкови који су наметнути регулаторном променом).

Трошкове спровођења једне опције сноси јавна управа, на националном и локалном нивоу (нпр. оспособљавање државних службеника, надгледање, извештавања, инспекције и др.)

Прелазни трошкови зависе од периода имплементације. Трошкови усаглашавања на краћи рок често су већи него трошкови имплементације на дужи рок, зато што се на дуги рок циљна популација може прилагодити новим околностима (нпр. прекид редовних активности, могуће затварање производних капацитета, повећање незапослености).

5. 3. **Анализа користи** за одређену опцију обухвата, поред економских користи и користи у одређеним специфичним областима, нпр. безбедност, здравство и заштита животне средине (нпр. смањење броја повреда и смрти, смањење болести и смртности проузрокованих загађењем околине и сл.). У овим областима регулаторне промене имају за циљ смањење ризика, нежељених последица, несрећних случајева, итд. Користима се могу сматрати и смањење трошкова имплементације прописа или позитивни утицај на повећање инвестиција, коришћење иновација у производњи, повећање продуктивности, конкурентности, итд. Дакле, поред директних економских користи, постоје и индиректни економски бенефити али и нематеријалне користи, које треба имати у виду у овој анализи.

5. 4. **Анализа трошкова и користи** - *кост-бенефит анализа* (енг. СВА), представља метод квантитативне економске анализе који се користи приликом евалуације и рангирања алтернативних пројеката, мера политике или алтернативних регулаторних промена. СВА треба да одговори на неколико питања: да ли регулаторна промена обезбеђује нето друштвену корист, да ли предложено решење треба да буде усвојено, која од различитих алтернатива треба да буде усвојена, да ли треба наставити са имплементацијом регулативе и сл. Важно је да СВА трошкове и користи посматра из перспективе друштва, узимајући у обзир широк спектар утицаја, као и да новчано изражава користи и трошкове.

5. 5. **Анализа ефикасности трошкова** (енг. СЕА) је метод упоређивања трошкова различитих регулаторних опција. Примењује се првенствено када се разматрају регулаторне опције у областима као што су здравље, безбедност, транспорт или образовање, где се користи не могу изражавати у новцу (нпр. избегнуте несреће, повећање производње, смањење емисије

штетних материја, број збринутих домаћинстава и сл.) и омогућава рангирање опција према трошковима по посматраној јединици ефективности. СЕА се примењује када је тешко новчано изразити користи које регулаторне опције доносе, када је утврђен буџет (или се претпоставља са колико ће се средстава располагати), па је кључно питање која од разматраних опција доноси највише користи за одређен износ трошкова, која је најбоља (најефективнија) када се разматра прерасподела буџета, односно износ расположивих ресурса.

5. 6. **Мулти-критеријум анализа** обухвата широк опсег техника које имају циљ да комбинују неколико позитивних и негативних утицаја у један оквир, да би се омогућило лакше упоређивање сценарија. Она примењује начин размишљања трошка-користи на случајеве где постоји потреба да се представе утицаји, који су мешавина квалитативних, квантитативних и новчаних података и где постоје различити степени извесности.

5. 7. **Модел стандардног трошка** (енг. SCM) јесте метода за мерење укупних административних трошкова и оптерећења првенствено у пословању привредних субјеката. SCM дели обавезе наметнуте регулисаним субјектима на кораке, које они морају предузети, да би испунили административну обавезу. На основу података о времену, које је потребно да би се удовољило захтевима и подацима о трошковима тих процедура, SCM мери укупне административне трошкове и долази до података колика су непотребна административна оптерећења.

SCM је успешан метод за спречавање нових и уклањање постојећих административних оптерећења. SCM метод се може применити на постојеће и будуће прописе. На тај начин укупни административни трошкови, које је узроковао пропис, могу се јасно изразити и идентификовати могућа поједностављења процедура и елиминација непотребних административних захтева.¹⁹

5. 8. **Општи план о самовредновању - Common Assessment Framework** (енг. CAF), програм за самооцењивање који помаже јавном сектору да унапреди

19 Субјекти који су предмет регулације морају провести одређено време да би се прилагодили административном захтеву (процедури). За обрачун трошкова који су наметнути у облику временаведеног да би се прилагодило административном захтеву, примењује се уобичајена надокнада (по сату или дану) коју субјекат који је предмет регулације плаћа особама које су ангажоване за обављање административних послова (трошкови тарифе). Поред трошкова надокнаде, трошкови укључују остале трошкове који се јављају услед прилагођавања административним захтевима (канцеларијске потрештине, путни трошкови, итд.). Одређени административни захтеви садрже трошкове куповине посебне опреме или трошкове због потребе да се унајми адвокат, рачуновођа или други експерти (спољни трошкови).

своју активност на основу анализе самопроцене, која служи да се на основу ње направи план за унапређење резултата. САФ модел процене квалитета који има за циљ да унапреди административне активности анализом унакрсних референци. САФ је средство које помаже јавној администрацији да анализира сопствену ефикасност и унапреди сопствену активност са аспекта укупног квалитета.

Она је део „политике квалитета“ – управљање путем резултата, чија је премиса да су одлични резултати у организацији резултат добро вођење стратегије и акционог плана (Ковач, Север, 2014: 1). ЦАФ има широко поље примене јер се користи у области људских ресурса, иновирања јавне управе и служби, е-управе и боље регулације, што треба да подржава економски развој, креирање послова и социјалне кохезије и пружања високо квалитетних јавних служби.²⁰

САФ модел узима у обзир актере и резултате у функционисању организације. Према овом моделу одлични резултати у функционисању организације (нпр. према корисницима услуга, запосленима и уопште у друштву) могу се постићи лидерством у вођењу јавне политике и у односима према партнерима и ресурсима, као и због ефикасних процедура.

6. Консултације заинтересованих страна су важна активност RIA процеса, која је присутна у свим фазама. Оне обезбеђују важне инпуте за RIA (проблем, циљеви, алтернативе, утицаји, имплементација, итд.) и омогућавају прикупљање недостајућих података, као и квалитетнију анализу, односно помажу да циљна популација прихвати регулаторне реформе.²¹

Уобичајене замке које треба избећи при спровођењу консултација састоје се у томе што се покушава постизање консензуса током јавне расправе. Консултације не треба користити као механизам преговарања са заинтересованим странама. Друго, консултације не треба да укључују само интересне групе са посебним инетресима или оне које имају довољно ре-

20 European Institute of Public Administration, *Study on the use of the Common Assessment Framework in European Public Administrations & 2nd European CAF event*, Luxembourg, 2005, p. 15.

21 Консултације обезбеђују да регулаторни процес буде транспарентан и недискриминаторан; да се сазна како субјекти, који су предмет регулације, експерти и друге заинтересоване стране, процењују проблеме и које је њихово мишљење о регулаторним променама; доприносе јаснијем дефинисању проблема, бољем увиду у могуће алтернативе и последице предлога прописа; смањују ризик од непредвиђених негативних последица и омогућавају стицање шире подршке за регулаторну промену.

сурса да подрже аргументе, који се тичу специфичних јавних политика или прописа. Најзад, спровођење само „ex post“ консултација је бескорисно.²²

Према томе, консултације су шири процес, који треба да инкорпорише што шири круг субјеката и информације „за“ и „против“ (одређене) регулације. План консултација је скуп активности и фаза у којима треба:

- Дефинисати предмет, обим и циљ консултација (шта је предмет консултација, шта хоћемо да постигнемо консултовањем, да ли су нам потребне неформалне консултације да бисмо дефинисали проблем како треба, имамо ли довољно ресурса да спроведемо процес консултација и сл.),
- Идентификовати заинтересоване стране и технике консултација (ко ће учествовати),
- Дефинисати технике консултација (које ћемо технике користити, да ли одабраним техникама стижемо до оних које желимо да обухватимо процесом консултација),²³
- Дефинисати време и питања која су потребна за консултације (када ћемо се неформално консултовати, колико дуго ће трајати процес консултација, на која питања/дилеме треба да добијемо одговоре и јесу ли формулисана на јасан и прецизан начин).

Након консултација следи **анализа и евалуација консултација**, односно анализа прикупљених информација и представљање података.

7. Имплементација и мониторинг префериране опције. Када се пропис усвоји, регулаторна тела која су одговорна за пропис морају да верификују, да ли пропис производи оне утицаје (ефекте) које предвидела РИА и да ли су постигнути постављени циљеви. Ако то није случај, мора се анализирати да ли је то резултат одабране регулаторне опције или су недостаци у имплементацији или можда недовољне административне оспособљености.

22 Међутим, неспорна је обавеза извештавања о спровођењу закона. У том смислу у извештају о РИА требало би јасно дефинисати показатеље на основу којих ће регулаторно тело пратити кључне ефекте примене прописа, начин прикупљања података и обавештавања јавности о примени прописа. На тај начин би се обезбедила поуздана основа за праћење стања и обликовање политике Владе, односно могућу нову регулаторну интервенцију.

23 *Технике консултација* могу бити: активне (саветодавне, јавне презентације, панели, фокус групе, анкете) или пасивне (циркуларни коментари, јавне објаве и коментари). Не постоји „најбоља“ техника консултација. Како се консултовати зависи од неколико фактора, као што су сврха и значај регулаторне промене, темпирања процеса, броја заинтересованих страна, расположивих ресурса, итд.

Важно је утврдити на који начин ће се спроводити мониторинг и евалуација (извештавање, ревизија, инспекција, ауто-мониторинг) и дефинисати основне индикаторе по којима ће се мерити, да ли се остварују циљеви утврђени током RIA (нпр. како имплементирати преферирану опцију, ко је одговоран за прописивање те опције, како ће се спроводити мониторинг, како и када ће се урадити ревизија префериране опције и сл.).

8. Припрема RIA извештаја. RIA извештај је резултат претходно спроведених анализа. У случајевима мањих измена закона или подзаконских аката, релативно је лако објаснити проблем и квантификовати користи и трошкове. У случају крупнијих регулаторних интервенција, односно прописа који регулишу комплексне области извештаји треба да се фокусирају на најбитније промене.

3. Закључак

На основу искустава појединих управних система може се дефинисати „најбоља пракса“ анализе процене утицаја прописа (енг. RIA). Пре свега, RIA треба спроводити што је више могуће, без обзира на политичке притиске и треба да се спроводи током израде нацрта прописа. RIA се треба примењивати како на нове, тако и на постојеће прописе, са циљем још боље регулативе. Због тога законодавна тела треба да буду свесна важности ових анализа.²⁴ Резултате RIA треба саопштити државним органима и јавности али и одредити одговорност за спровођење анализе (RIA).²⁵ Подизањем квалитета регулаторних аката подиже се ефективност одговарајуће јавне политике. Због тога, RIA се мора уградити у систем евалуације одређене јавне политике јер је она као средство подобна и за ту сферу.

RIA истовремено промовише одређене јавне политике, детаљним разматрањем утицаја одговарајућих одлука и прописа, чиме подстиче креаторе политика на доношење одлука и давање оптималних решења друштвених проблема, подижући квалитет политичког и управног одлучивања, уз већу отвореност, партиципацију јавности и одговорност. Аутори наводе

24 Анализа процене увођења прописа (РИА) важна је и при утврђивању временских приоритета усклађивања прописа, планирања буџета и односа државне управе према онима на које ће спровођење прописа утицати. Применом ове анализе законодавна тела ће одабрати смер и инструменте одлучивања, методу спровођења и надгледања спровођења, институционални оквир, увођења инструмената и др.

25 РИА треба примењивати на време, тако да се обезбеди одговорност оних који покрећу иницијативу и одлучују о потреби доношења нових и измену постојећих прописа узимајући у обзир околности и процене утицаја прописа на одговарајуће окружење.

и дају кључне логичке кораке и операције које подразумева примена RIA као и најважнија начела доброг управљања регулаторним процесом: неопходност, ефикасност, делотворност, пропорционалност, транспарентност, одговорност, и предострожност.

У тексту се потом подробно наводе појмови и карактеристике најважнијих фаза и активности а нарочито: прикупљање података, дефинисање проблема и циљева, идентификовање и анализе могућих опција за решење проблема, анализа утицаја и трошкова тих опција, анализа трошкова и користи, ефикасности тих трошкова, мулти-критеријум анализа, модел стандардног трошка, општи план о самовредновању, консултовање заинтересованих страна, примене и контроле изабране опције и израда извештаја.

Истакнуте су предности најзначајнијих (регулаторних и нерегулаторних) опција које се могу разматрати током RIA процеса, које укључују: традиционални приступ, корегулацију, саморегулацију, примену економских инструмената, информационог приступа, па чак и одсуство регулације у случају тржишног решења проблема.

Приликом анализе опција које творцима јавних политика стоје на располагању током проналажења решења неког проблема аутори закључују да је потребно размотрити што већи број опција (од „статус quo“ опције, преко поједностављивања административних процедура, саморегулације и примене тржишних мера, до опције минималне инвестиције) односно да је комбинација различитих опција у савременим државама најчешће најефикасније решење.

Литература

European Institute of Public Administration, (2005). Study on the use of the Common Assessment Framework in European Public Administrations & 2nd European CAF event, Luxembourg. (http://www.eipa.eu/CAF/Articles/CAFpublication_2005_EN_V01_7dec05.pdf, приступљено 20.1.2016.)

Kovač, P., Sever, T. (2014). Public Service Excellence through Participation in Administrative Procedures-Trends and Challenges in Slovenia and EU. In Toulon-Verona Conference "Excellence in Services".

Марушић, А., Радуловић, Б. (2011). *Приручник за анализу ефеката прописа (RIA)*, УСАИД, Подгорица.

Миловановић Д., Ненадић, Н., Тодорић, В. (2012). *Студија о унапређењу законодавног процеса у Републици Србији*, Београд: Deutsche Gesellschaft Internationale Zusammenarbeit GIZ.

Миловановић Д., Васиљевић Д. (2013), Унапређење законодавног процеса, *Правни живот*, бр. 10, 223-233.

Morrall III, J. F. (2001). Regulatory Impact Analysis: efficiency, accountability and transparency. In: *Conference of the APEC-OECD Co-operative Initiative on Regulatory Reform*, Singapore (www.apecsp.org.tw/doc/APEC-OECD/2001-2/010.htm, приступљено 20.1.2016.)

OECD (1997). *Regulatory Impact Analysis: Best Practice in OECD countries*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

OECD (2009). *OECD Reviews of Regulatory Reform: Regulatory Impact Analysis - A Tool for Policy Coherence*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Doc. Dejan Vučetić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

REGULATORY PROCESS MANAGEMENT

Summary

The subject matter of this paper is the Regulatory Impact Analysis (RIA), a process for assessing the management of regulatory processes. The authors first focus on the concept, characteristics and objectives of this analysis. Referring to the experiences of the most prominent administrative system, the authors identify the “best practices” and underscore the importance of relying on these practices in the process of drafting new regulations in this area. Namely, raising the quality of regulatory acts contributes to raise the effectiveness of respective public policies, which provide for greater openness, public participation and accountability. The authors note the key logical steps and operations in the process of using the RIA analytical approach and the most important principles underlying good governance of regulatory processes: necessity, efficiency, effectiveness, proportionality, transparency, accountability, and foresight. Then, the analysis focuses on the conceptual framework and characteristics of the most important RIA stages and activities, including: data collection, problem identification and defining objectives, identifying and analyzing possible problem-solving options, analyzing the impact and costs of these options, cost-benefit analysis, cost-efficiency analysis, multi-factor analysis, standard cost model, a general self-assessment plan, stakeholder consultation, implementation plan and control options, and preparing reports. The authors highlight the advantages of the most important (regulatory and non-regulatory) options that can be considered during the RIA process, including: the traditional approach, co-regulation, self-regulation, the use of economic instruments, the IT-based approach, and even the lack of regulation in the case of providing market-based solutions to problems.

Keywords: *regulatory process management, regulatory impact analysis, public policy, administrative systems.*

МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ И ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗОВАНИ КРИВИЧНИ СУДОВИ¹

Апстракт: Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна належност међународних судских (наднационалних) органа као што су интернационализовани судови. У овом раду се анализирају појам и карактеристике међународних кривичних дела предвиђених у актима интернационализованих кривичних судова.

Кључне речи: међународно кривично право, интернационализовани суд, кривична дела, одговорност, казне.

Увод

Међународно кривично право² се данас састоји из више прописа садржаних у низу међународних уговора, конвенција, пактова и протокола. Тежња да се дође до кодификације ових прописа је уродила плодом тек на крају

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније" који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013. до 2018. године.

2 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, Правни факултет, Ниш, 2011. године, стр.18-27.

двадесетог века иако су активности управљене у овом смеру отпочеле одмах после Другог светског рата. Тако је Генерална скупштина ОУН још 1946. године формирала Комисију за кодификацију и развој међународног кривичног права која јекасније названа Комисија за међународно право и припрему кодекса међународних злочина. Комисија је формулисала основне принципе међународног кривичног права који су произишавали из Нирнбершке и Токијске пресуде (тзв. нирнбершки принципи) и израдила Пројект кодекса међународних злочина. Тај је пројект поднет на усвајање Генералној скупштини ОУН 1954. године, али због неслагања међу водећим силама света тога времена (доба хладног рата и оштро супротстављених блокова) није био усвојен.

Генерална скупштина ОУН је потом на Петом заседању формирала Комитет за међународно кривично правосуђе који је израдио Нацрт Статута међународног кривичног суда и поднео га на усвајање на Седмом заседању скупштине. Према томе, доношење кодекса о међународним злочинима и увођење међународног кривичног правосуђа је тековина почетка трећег миленијума. Но, тек 1975. године Пети конгрес о превенцији криминалитета и поступању са учиниоцима одржан у Женеви усваја Резолуцију о превенцији тортуре и превенцији и сузбијању тероризма свих врста. Том приликом поново је разматрана идеја о формирању Међународног кривичног суда.

У оквиру Комисије за људска права ОУН и Међународног удружења за казнено право (IAPL) израђен је и Нацрт статута Међународног кривичног суда који чак ни западни блок земаља није био спреман да прихвати (посебно у делу надлежности за гоњење злочина апартхејда). Даљи напори међународне заједнице у организовању јединственог фронта борбе против међународног криминалитета одвијају се углавном у правцу предузимања напора на сузбијању трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама. Тако је петнаест Карибских и Латиноамеричких држава подржало идеју о Међународном кривичном суду на Специјалној сесији о наркотичним дрогама Генералне скупштине ОУН 1989. године. Но, овој идеји су се оштро успротивиле САД, Велика Британија и Француска.

Међународно правна комисија Генералне скупштине ОУН је ипак наставила са радом на студији о формирању, надлежностима и правилима поступања међународног кривичног суда о чему је посебно било речи 1990. године у Хавани на Осмом конгресу ОУН о превенцији злочина и поступању са извршиоцима. Следеће године Међународно правна комисија је презентирала свој Извештај о злочинима против мира, човечности и

безбедности човечанства на Шестом комитету ОУН³. Питање формирања наднационалног судског органа је потом разматрано више пута и то: 1991. године у оквиру Фондације за установљење међународног кривичног суда (FEICC), 1992. године од стране међународног научног и професионалног саветодавног већа УН (ISPAC) и Међународног удружења за казнено право (IAPL). И тада, уместо формирања сталног судског органа у оквиру и под окриљем ОУН, почетком деведесетих година 20. века јачају идеје о оснивању посебних (ad hoc) судова за поједине случајеве кршења међународних права⁴. Такви предлози су посебно били гласно изражени од стране Сената и Представничког дома Конгреса САД када су започела и неформална саслушања о злоделима ирачког председника Садама Хусеина и других ирачких војних и политичких руководиоца за повреде међународног хуманитарног права за време агресије Ирака на Кувајт 1990. године.

Иако је, дакле, после Другог светског рата у оквиру ОУН или њених појединих органа било више покушаја да се оснује један стални међународни кривични судски орган, ти покушаји су остали без успеха. Тек почетком деведесетих година 20. века са ратним збивањима на просторима бивше СФР Југославије и Руанде, јачају идеје да се оснују посебни ad hoc трибунали⁵ за суђење учиниоцима најозбиљнијих и најтежих повреда међународног хуманитарног права на подручју ових држава⁶. На основу Повеље ОУН⁷ и главе VII основана су два ad hoc трибунала: 1) Трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на тлу бивше СФР Југославије који је основан Резолуцијом

3 Види: Comentaries on the International Law Commissions, Draft Code of the Crime against the Peace and Security of Mankind, AIDP, 1993. године.

4 Види: Међународни кривични трибунал, Зборник документа, Међународни црвени крст, Београд, 1996. године.

5 лат. tribunal, означава судијску столицу, суд.

6 Због немоћи на војним и политичким нивоима, одговор међународне заједнице на сукоб у бившој СФР Југославији био је противуречан и неблагоприятан. О стварању одговарајућег трибунала преговарало се још у току сукоба – не само као о закаснелој мери за спасавање образа, већ и због побожног веровања да ће он служити као средство одвраћања од вршења даљих злочина. Идеју о формирању оваквог трибунала је у пролеће 1992. године изнео Р. Бадинтер, бивши министар правде Француске. Први нацрт Статута овог трибунала израдила је трочлана комисија коју је именовала Конференција о европској безбедности и сарадњи. (Antonio Cassese, Међународно кривично право, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. године, стр.395-398).

7 Трибунали су основани као принудне, општеобавезујуће мере у оквиру овлашћења Савета безбедности из члана 41. Повеље ОУН ради спречавања нарушавања мира. Такође, према Повељи ОУН и то члану 29. Савет безбедности је овлашћен да оснива помоћна тела и управо као такво тело су и основани трибунали.

Савета безбедности ОУН број 827 од 25.маја 1993.године и 2) Међународни кривични трибунал за Руанду који је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8.новембра 1994.године.

Потом је на дипломатској конференцији у Риму јула 1998. године увојен Статут сталног Међународног кривичног суда са седиштем у Хагу који је коначно 1. јула 2002. године ступио на снагу. Тиме је на међународном нивоу успостављена највиша – наднационална судска инстанца за утврђивање кривичне одговорности појединаца (али не и држава) за тешке повреде женевских и хашких конвенција. Но, поред ових *ad hoc* трибунала који полако, али сигурно одлазе у историју путем Резидуалног механизма, и даље постоји више мешовитих или интернационализованих кривичних судова⁸. Они су надлежни за вођење кривичних поступака и изрицање кривичних санкција за повреде међународног хуманитарног права у ратним сукобима (међународног или немеђународног карактера) у појединим државама.

Интернационализовани кривични судови

Појам и карактеристике

Коначно, крајем другог и почетком трећег миленијума на светској позорници се јављају међународни судови "треће" генерације. То су интернационализовани (мешовити или хибридни) кривични судови или трибунали. То су такође *ad hoc* судови. Они сумешовитог састава, што значи да су састављени од домаћих и међународних судија како би се обезбедила њихова непристасност и спречила одмазда, односно реваншизам. И поред учешћа страних држављана у поступку пред таквим судовима, они су ипак у потпуности интегрисани у домаћи правни поредак и блиско су повезани са домаћим (дакле, националним, унутрашњим) правним системом⁹, при чему примењују прописе националног или међународног карактера¹⁰. Први интернационализовани суд је основан 1. јуна 1925. године у Танжеру (Мароко)

8 Драган Јовашевић, Вељко Икановић, Међународно кривично право, Факултет правних наука, Бања Лука, 2015. године, стр.178-182.

9 С. Romano, A. Nollkaemper, J. K. Kleffner, *Internationalized criminal courts and tribunals* ; Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, Oxford, 2004. године, стр. 78-105.

10 Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Беширевић, Међународно и транснационално кривично право, Службени гласник, Београд, 2013. године, стр.30.

У правној теорији се истиче више разлога који оправдавају оснивање мешовитих, хибридних или интернационализованих судова као што су¹¹:

1. у ванредним ситуацијама (као што су: грађански рат, оружани сукоб, јаке верске и етничке тензије) долази до вршења великог броја тешких злочина који се састоје у масовном кршењу људских права. Када се такво стање превазиђе новуспостављеној власти стоји више могућности на располагању: а) да путем комисија за истину или помирење ради на ублажавању тензија, враћању и убрзавању процеса националног помирења и враћању поврења грађана у институције власти, б) да се давањем амнестије учиниоцима кривичних дела забораве тешки догађаји из недавне прошлости и в) да се изведу пред суд и казне најодговорнија лица за учињене тешке злочине како би се допринело у постконфликтном периоду процесу изградње мира, чиме би се, с друге стране, деловало као фактор одвраћања од вршења нових злочина у будућности,

2. једна од последица ванредних ситуација често се јавља у виду распада судског система и институција правосуђа,

3. судски одговор на учињене злочине се не може тражити од међународне заједнице из два разлога: а) непостојање политичке воље релевантних органа међународне заједнице који би требало да оснују међународни суд (трибунал) и обезбеде услове за његово деловање и б) одсуство политичке воље великих сила да обезбеде средства (новчана, техничка, кадровска и др.) за рад овакве међународне судске инстанце и

4. међународна заједница је склона мишљењу да се као једно од начина помирења супростављених страна може јавити у виду коришћења националног судства под одређеним надзором (па и контролом) међународне заједнице. Тиме се: а) ублажавају националистички захтеви локалних власти које нису склоне да правосудну (као део своје суверене) власт препусте међународној заједници у целости, б) укључују се у рад судства и тужилаштва локалне судије и тужиоци који боље познају менталитет, културу, традицију, језик, обичаје и сл. оптужених лица, сведока и жртава, в) одржавање судских процеса на територијама где су се непосредно одиграли бројни злочини омогућава локалном становништву да стекне праву и потпуну представу о догађајима из недавне прошлости, г) може убрзати процес кривичног гоњења и суђења и д) може допринети постепеном унапређењу правног усавршавања локалних судија и тужилаца.

11 Antonio.Cassese, Међународно кривично право, оп.цит.,стр.404-407.

2. Функција и деловање

Овако формиран интернационализовани судови примењују и међународно, али и домаће кривично право. Обично су оснивани на подручјима која су у претходном периоду била изложена масовним, тешким и дуготрајним кршењима људских права, као и хуманитарног права. Два су начина оснивања ових судова. То су: а) актима прелазне администрације универзалне међународне организације (ОУН) - какав је случај на Косову и Метохији у саставу Републике Србије, Босни и Херцеговини и у Источном Тимору и б) уговором између ОУН и владе на чијој територији трибунал (суд) врши судску власт – на који начин су успостављени хибридни судови у Сијера Леонеу, Либану и Камбоџи.

У правној теорији се наводи неколико циљева успостављања интернационализованих судова. То су: а) да се санкционишу озбиљна кршења међународног хуманитарног права и људских права која су учињена од стране појединаца, б) одвраћање од даљег кршења људских права и в) пружање помоћи појединим државама у поновном успостављању владавине права и правне државе.

У новије време у међународној заједници су формирана четири интернационализована суда¹². То су судови у: а) Источном Тимору, б) Косову и Метохији, в) Камбоџи и д) Сијера Леонеу.

Поред наведених интернационализованих судова, у литератури се указује на специфичан положај још неких “хрибридних” судова. То су¹³:

1. суд са међународним учешћем - Веће за ратне злочине у оквиру Кривичног одељења Државног суда Босне и Херцеговине у Сарајеву је основано 2005. године одлуком Високог представника ОУН за Босну и Херцеговину. Ово веће примењује домаће материјално и процесно кривично законодавство из 2003. године¹⁴. Оно се налази у оквиру правосудног система Босне и Херцеговине, али у њему поред домаћих, раде и међународне судије. Веће за разне злочине је надлежно за поступање у следећим случајевима: а) који су упућени од стране Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у Хагу на основу члана 11. бис Правилника о поступку и доказивању, б) у којима је надлежност суда преузета од тужиоца Међународног

12 Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2007. године, стр. стр. 404-405.

13 Владимир Симић, Кривични судови у чијем раду заједнички учествују стране и домаће судије и тужиоци (хибридни кривични судови), Ревизија за криминологију и кривично право, Београд, број 2/2009. године, стр. 161-175.

14 Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Međunarodno krivično pravo, Pravni fakultet, Sarajevo, 2010. године, стр. 156-162.

кривичног трибунала за бившу Југославију који је започео истрагу, али је није довршио и в) у којима је до иницирања кривичног поступка дошло на локалном нивоу,

2. Специјални суд у Либану који је основан 2007. године Споразумом о основању Трибунала између ОУН И Либана и Резолуцијом број 1757 Савета безбедности ОУН са задатком да истражи околности под којима је у бомбашком нападу убијен либански премијер Рафик Харири и још двадесет два лица фебруара 2005. године. Овај Суд је почео са радом 1. марта 2009. године. Специфичности овог специјалног Суда са седиштем у предграђу Хага у Холандији јесу: а) да је основан међународним споразумом и резолуцијом Савета безбедности, б) да се бави утврђивањем кривичне одговорности и кажњавањем учинилаца само једног кривичног дела – политичким убиством или атентатом, а то чак није ни међународно кривично дело, в) овај суд примењује домаће кривично законодавство Либана и г) предвиђена је могућност да у надлежност овог суда доспеју и друга кривична дела која су извршена у Либану у периоду од 1. октобра 2004. до 12. децембра 2005. године уз одобрење Савета безбедности, а која нису повезана или нису слична по тежини са атентатом (што је био повод оснивања овог Суда) и

3. Високи ирачки суд из 2005. године је правни следбеник Ирачког специјалног трибунала у Багдаду који је био основан Статутом ирачке Привремене владе 10. децембра 2003. године¹⁵. Овај Суд примењује домаће кривично законодавству у поступку против највиших политичких, полицијских и војних руководиоца режима бившег председника Садама Хусеина, иако у њему нема међународних судија¹⁶. Он је надлежан за вођење кривичног поступка за следећа међународна кривична дела: а) геноцид, б) злочин против човечности и в) ратне злочине, као и за друга кривична дела по домаћем кривичном праву као што су: а) мешање у рад правосудних органа, б) расипање националних ресурса и в) вођење агресивне политике према арапској држави¹⁷. Услов за надлежност овог Суда у наведеним случајевима јесте да су ова кривична дела учињена у периоду од 17. јула 1968. до 1. маја 2003. године.

15 Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Беширевић, Међународно и транснационално кривично право, оп.цит., стр.519-523.

16 Војин Димитријевић, Владан Хаџи Видановић, Иван Јовановић, Жељко Марковић, Милан Милановић, Хашке недоумице, Центар за људска права, Београд, 2010. године, стр.29-31.

17 The Law of Iraqi Higher Criminal Court (LHCC), Law No. 10. of 2005.

Поједини интернационализовани судови

1. Источни Тимор

Због извршених бројних злочина кршењем људских права и хуманитарног права у ратним дешавањима у Источном Тимору је 1999. године избио сукоб великих размера. Зато је Савет безбедности ОУН Резолуцијом број 1272 од 25. октобра 1999. године установио Прелазну управу (УНТАЕТ) у Источном Тимору са задатком да успостави управу у земљи до стицања независности после одласка војних снага Индонезије. Но, ова Прелазна управа је имала и задатак да приведе правди лица која су одговорна за насиље које се догодило током спровођења референдума о независности у овој пацифичкој држави¹⁸. У основи ове обавезе налази се Резолуција Савета безбедности ОУН 141/2002 којом је одређено оснивање Посебног (Специјалног) већа за тешка кривична дела. Како је правосудни систем у Источном Тимору био потпуно уништен, то је Прелазна управа донела Уредбу 2000/11 којим је успостављен судски систем Источног Тимора чиме се оснивају специјални панели у окружним судовима и Жалбени суд у граду Дилију.

Поред тога, Уредбом 2000/15 од 6. јуна 2000. године су основана Посебна већа за тешке (озбиљне) злочине. Та судска већа су чиниле домаће и међународне (које именује ОУН) судије са задатком да спроведу поступак кривичног гоњења и утврђивања кривичне одговорности лица за извршена озбиљна кршења међународног хуманитарног права и основних људских права која су се десила у Источном Тимору¹⁹. Дакле, Посебна већа за озбиљне злочине сунадлежна за следећа тешка кривична дела као што су: а) ратни злочини, б) злочин против човечности, в) злочин геноцида, г) убиства, д) сексуална кривична дела и њ) мучење. У погледу временске надлежности Посебна већа за озбиљне злочине су овлашћена да поступају у случају да су наведена међународна кривична дела извршена у периоду од 1. јануара до 25. октобра 1999. године. Као изворе права, ова Већа примењују "уговоре и призната начела и норме међународног права, укључујући утврђена начела међународног права оружаних сукоба"²⁰. Специјални панели за тешка кривична дела у Источном Тимору се престали са радом 20. маја 2005. године на основу резолуције Савета безбедности за које време је

18 C.Romano, A.Nollkaemper, J.K. Kleffner, Internationalized criminal courts and tribunals; Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, op.cit. str. 117-169.

19 S. de Bertodano, Current Developments in Internationalized Courts, Journal of International Criminal Justice, broj 1/2003. godine, str. 234-236.

20 Džon. Džouns, Steven Pauls, Међународна кривична пракса, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2005. године, стр.28-32.

истрага покренута у 1400 случајева, док је оптужено 391 лице од чега су осуђена само 84 лица, и то углавном на нижим војним и политичким позицијама)²¹.

Интересантно је и да је у Индонезији (у чијем саставу се до 1999. године налазио Источни Тимор) усвојен Закон број 26/2000 којим је имплементирано међународно кривично право иначе садржано у Римском статуту сталног Међународног кривичног суда. Нешто касније, председник ове државе је донео Одлуку број 53/2001 којом је установио *ad hoc* кривични суд са задатком да води кривични поступак против лица која су осумњичена за озбиљно кршење људских права 1999. године у вези са референдумом у Источном Тимору.

2. Косово и Метохија

2.1. Оснивање првих судова

Крајем деведесетих година прошлог века у јужној покрајини у саставу Републике Србије (у тадашњој Савезној Републици Југославији) избила је оружана побуна албанског становништва против актуелне политичке власти са тежњом за отцепљењем. Хуманитарна катастрофа и бројни случајеви кршења људских права довели су до НАТО интервенције на СР Југославију у периоду 24. марта до 10. јуна 1999. године. После окончања оружаних активности, Савет безбедности ОУН је Резолуцијом број 1244 од 10. јуна 1999. године ставио подручје покрајине Косово и Метохија под цивилни надзор Административне мисије ОУН (УНМИК)²². Специјални изасланик Генералног секретара ОУН је донео Уредбу број 2000/6 од 15. фебруара 2000. године којом је омогућено именовање међународних службеника (судија и тужилаца) у правосудне институције на Косову и Метохији, с обзиром на урушеност правосудног система, да би поред судије, два дана касније и први међународни тужилац био постављен у Косовској Митровици²³. Ови међународни службеници (судија и тужилац у Косовској Митровици) су имали задатак да раде заједно са домаћим (локалним) судијама и тужиоцима како би се повратила безбедност у овом

21 Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Беширевић, Међународно и транснационално кривично право, оп.цит., 509-511.

22 С. Romano, A. Nollkaemper, J. K. Kleffner, Internationalized criminal courts and tribunals; Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, оп.цит. стр. 213-259.

23 Други међународни судија на Косову и Метохији је постављен 6. јуна 2000. године у окружном суду у Приштини у складу са Уредбом УНМИК-а број 2000/34 којом је проширена примена Прописа број 6. на све округе на подручју Косова и Метохије.

граду и супротставило притиску на младо домаће правосуђе²⁴. При томе, су међународни судија и тужилац ималиовлашћење, али и одговорност да обављају задатке који им припадају, укључујући овлашћења да преузимају одговорност за нове, али и текуће кривичне предмете у оквиру надлежности суда у коме су постављени. Дакле, они су обављали послове редовног правосуђа у погледу кривичног гоњења и кажњавања учинилаца кривичних дела.

Потом су измењеном Уредбом број 2001/2 од 12. јануара 2001. године међународне судије и тужиоци били уведени у целокупни кривичнопрани систем Косова и Метохије (а не само у Косовској Митровици) заједно са домаћим судијама и тужиоцима. Но, за разлику од осталих интернационализованих судова, судови на Косову и Метохији имају знатно ширу надлежност поступања. Тако они могу да преузму било који кривични случај (а не само најтеже случајеве кршења међународног хуманитарног права и људских права). Дакле, они су надлежни да поступају у свим кривичним предметима. Такође, ни у погледу временске надлежности, ови судови немају никаква ограничења²⁵. То указује да чињеницу да се на подручју Косова и Метохије не ради о међународном суду који би судио учиниоцима међународних кривичних дела. Његов "интернационални" карактер произилази из две чињенице и то: а) основу његовог поступања и деловања чини међународни акт - уредба Специјалног изасланика генералног секретара ОУН и б) у његов састав поред домаћих, улазе и међународне судије и тужиоци, дакле лица која имају држављанство неке друге државе.

2.2. Специјализовани суд за Косово

На основу Извештаја Парламентарне скупштине Савета Европе (тзв. Извештај специјалног известиоца Дика Мартија) Доц. број 12462 од 7. јануара 2011. године и на основу међународних обавеза преузетих Законом број 04/Л-274 Скупштина Републике Косова је августа 2015. године Донела Закон о специјализованим већима и специјализованом тужилаштву²⁶ којим је уређена организација, функције и надлежност Специјализованих већа и Специјализованог тужилаштва у оквиру косовског правосудног система (у Основном суду у Приштини, Апелационом суду, Врховном суду и Уставном суду Косова).

24 Džon Džouns, Steven Pauls, Међународна кривична пракса, оп.цит., стр.25-28.

25 Marisabel Škorić, Tužitelj pred međunarodnim kaznenim sudovima, Pravni fakultet, Rijeka, 2011. godine, str. 35-39.

26 Службени лист Републике Косово 05/Л-053 од 3. августа 2015. године. Закон је ступио на снагу 15. септембра 2015. године.

Специјализована већа су према чл. 6-9. овог Закона надлежна за кривична дела која су извршена или покушана у периоду од 1. јануара 1998. до 31. децембра 2000. године на територији Косова од стране држављана Косова, односно Савезне Републике Југославије. Надлежност Специјализованих већа на Косову се односи на утврђивање кривичне одговорности и изрицање следећих казни (члан 44. Закона): 1) казне доживотног затвора, 2) казне затвора (ако то оправдавају следећи разлози: а) висина казне која је прописана за кривично дело према ксоовским законима у време његовог извршења, б) накнадне измене врсте и висине казне, в) члан 7. став 2. Европске конвенције о људским правима и основним слободанма и г) члан 15. став 2. Међународног пакта о грађанским и политичким правима), 3) повраћај или накнада штете жртви или жртвама колективно и 4) конфискација имовине, прихода и средстава која су коришћена или потичу од извршења кривичног дела и њихов повраћај законитом власнику (при чему је у члану 18. изричито искључена примена амнестије за кривична дела из надлежности ових већа).

Специјализована већа на Косову су надлежна за пресуђење следећих међународних кривичних дела: а) злочин против човечности (члан 13.), б) ратне злочине (члан 14.) и в) друга кривична дела према законима Косова (члан 15). При томе је за злочин против човечности и ратне злочине у члану 16. прописана индивидуална кривична одговорност у следећим случајевима: 1) за лице које је планирало, подстицало, наредило, извршило или на други начин помогло и подржало планирање, припрему или извршење тих дела, 2) службени положај оптуженог лица укључујући и положај шефа државе или владе или одговорног владиног званичника не ослобађа га од кривичне одговорности, нити представља основ за његово блаже кажњавање, 3) чињеница да је неко дело или пропуст извршио подређени не ослобађа од кривичне одговорности његовог надређеног ако је знао или је имао разлога да зна да ће подређени извршити таква дела или да их је већ извршио, а надређени при томе није предузео неопходне и разумне мере да спречи таква дела или да казни њиховог извршиоца и 4) чињеница да је оптужено лице поступало у складу са наредбом владе или надређеног не ослобађа га од кривичне одговорности, али се може узети у обзир приликом ублажавања казне ако је то у интересу правде.

Злочин против човечности (члан 13.) представља предузимање следећих радњи у оквиру ширег или систематског напада упереног против цивилног становништва као што је: 1. убиство, 2. истребљење, 3. поробљавање, 4. депортација, 5. затварање, 6. мучење, 7. силовање, сексуално ропство, присилна проституција, присилна трудноћа и сваки други облик

сексуалног насиља, 8. прогон на политичкој, расној, националној или верској основи, 9. присилни нестанак лица и 10. други нехумани поступци.

Ратни злочини (члан 14.) обухватају:

а) озбиљно кршење женевских конвенција од 12. августа 1948. године, укључујући било коју радњу против лица или имовине заштићене одредбама женевских конвенција као што су:

1. намерно убијање,
2. мучење или нечовечно поступање, укључујући и биолошке експерименте,
3. намерно проузроковање сувишне патње, тешких телесних повреда или нарушавање здравља,
4. обимна разарања и присвајање имовине које није оправдано војном потребом и које је извршено незаконито и безобзирно,
5. присиљавање ратног заробљеника или другог заштићеног лица да служи у непријатељским снагама,
6. намерно лишававање ратног заробљеника или другог заштићеног лица права на праведно и редовно суђење,
7. незаконито протеривање или пресељавање или незаконито затварање,
8. узимање талаца,

б) друга озбиљна кршења закона и обичаја рата која важе за међународни оружани сукоб, а која су призната у међународном обичајном праву укључујући и следећа дела:

1. намерно усмеравање напада против цивилног становништва или против појединих цивилних лица која нису директно умешана у оружане сукобе,
2. намерно усмеравање напада на цивилне објекте тј. објекте који нису војни циљеви,
3. намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила укључена у хуманитарну помоћ или мировну мисију у складу са Повељом ОУН све док имају право на заштиту која се пружа цивилима или цивилним објектима на основу међународног права за оружане сукобе,

4. намерно започињање напада са знањем да тај напад може да проузрокује случајни губитак живота или повреде цивила или штету на цивилним објектима или велику, дуготрајну и озбиљну штету по животну средину која је очигледно несразмерна у односу на конкретну и непосредну укупно очекивану војну предност,
5. напад или бомбардовање било којим средствима градова, села, боравишта или грађевина који нису брањени и који нису војни циљеви,
6. убиство или рањавање војника који је положио оружје и који се немајући више средства за одбрану предао по сопственом избору,
7. злоупотреба заставе за примирје, заставе или војног обележја и униформе непријатеља или Уједињених нација, као и препознатљивих амблема Женевских конвенција, а која су довела до смрти или тешких телесних повреда,
8. непосредно или посредно пресељење дела свог становништва од стране окупационе силе на територију која је окупирана или измештање или пресељење целокупног или дела становништва окупиране територије у оквиру или изван ове територије,
9. намерно усмеравање напада на верске, образовне, уметничке, научне или добротворне објекте, историјске споменике, болнице и места где се скупљају болесни и рањени под условом да нису војни циљеви,
10. подвргавање лица која су под влашћу непријатељске стране физичком сакађењу или медицинским или научним експериментима било које врсте, а који нису оправдани медицинским, стоматолошким или болничким лечењем тог лица, нити су изведени у његовом интересу, а могу да проузрокују смрт или озбиљно угрожавање здравља тог лица,
11. убиство или рањавање лица кој припадају непријатељском народу или армији на подмукао начин,
12. изјава да се према непријатељу неће поступати са милошћу,
13. уништавање или одузимање имовине непријатеља изузев ако је то неизбежно за потребе рата,
14. објава укидања, престанка или неприхватања пред судом права и учешћа држављана непријатељске стране,
15. приморавање држављана непријатељске стране да учествује у ратним операцијама које су усмерене против њихове државе, чак иако су били у служби зарађене стране пре почетка рата,

16. пљачкање града или места, чак и када су иста заузета нападом,
 17. употреба отрова или средстава који у себи садрже отровне супстанце,
 18. употреба загушљиваца, отровних или других гасова и сличних течности, материјала или уређаја,
 19. коришћење муниције која се лако распрскава и шири у људском телу, као што су меци са чврстом чауром која не покрива у целости средину метка или је покрива са засецима,
 20. употреба оружја, пројектила, материјала и метода ратовања који су такве природе да проузрокују површинску повреду или непотребну патњу или који својствено без разлике крше међународно право у оружаном сукобу, ако је употреба таквог оружја, пројектила, материјала и метода ратовања призната као незаконита по међународном обичајном праву,
 21. повреде личног достојанства, нарочито увредљиви и понижавајући поступци,
 22. силовање, сексуално ропство, присиљавање на проституцију, присилна трудноћа, присиљавање на стерилизацију или неки други облик сексуалног насиља који представља озбиљно кршење женевских конвенција,
 23. искоришћавање присуства цивила или другог заштићеног лица да се одређена места, области или војне снаге заштите од војних операција,
 24. намерно усмеравање напада на објекте, материјал, медицинске јединице и транспорт и на службенике који користе препознатљиве амблеме женевске конвенције у складу са међународним правом,
 25. намерно изгладњивање цивила као метод ратовања ускраћивањем предмета који су им неопходни за преживљавање, укључујући и намерно спречавање дељења помоћи како је предвиђено женевским конвенцијама,
 26. регрутovanje или уписивање деце млађе од петнаест година у националне оружане сукобе или њихово коришћење за активно учешће у непријателствима,
- в) озбиљно кршење члана 3. женевских конвенција од 12. августа 1948. године у случају оружаног сукоба који није међународног карактера, укључујући и следећа дела која су извршена над лицима која не учествују активно у непријатељствима, укључујући и припаднике оружаних снага

који су положили оружје и који су онеспособљени за борбу услед болести, рањавања, притвора или другог разлога:

1. насиље над животом и телом, нарочито све врсте убистава, сакаћења, свирепог поступања и мучења,
2. повреде личног достојанства, нарочито увредљиво и понижавајуће поступање,
3. узимање талаца,
4. изрицање казни и извршавање смртне казне без претходног суђења од стране редовно установљеног суда и пропраћеног свим судским гаранцијама које се опште сматрају неопходним и

г) друге озбиљне повреде закона и обичаја који важе за оружане сукобе који нису међународног карактера, а који су као такви признати у међународном обичајном праву, укључујући и следећа дела:

1. намерно усмеравање напада на цивилно становништво или на поједина цивилна лица која непосредно не учествују у непријатељствима,
2. намерно усмеравање напада на објекте, материјал, медицинске јединице и транспорт и на службенике који користе препознатљиве амблеме женевских конвенција у складу са међународним правом,
3. намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјал, јединице или возила укључена у хуманитарну помоћ или мировну мисију и складу са Повешом ОУН све док имају право на заштиту која се пружа цивилима или цивилним објектима на основу међународног права за оружане сукобе,
4. намерно усмеравање напада на верске, образовне, уметничке, научне или добротворне објекте, историјске споменике, болнице и места где се скупљају болесни и рањени под условом да нису војни циљеви,
5. пљачкање града или места, чак и када су заузети нападом,
6. силовање, сексуално ропство, присиљавање на проституцију, присилна трудноћа, присиљавање на стерилизацију и други облик сексуалног насиља који представља озбиљно кршење члана 3. женевских конвенција,
7. регрутовње или уписивање деце млађе од петнаест година у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима,

8. наређивање пресељења цивилног становништва из разлога који се тичу сукоба изузев ако се ради о безбедности цивила или ако неизбежни војни разлози то захтевају,
9. убиство или рањавање лица која припадају непријатељском народу или армији на подмукао начин,
10. објава да се према непријатељу неће поступати са милошћу,
11. подвргавање лица која су под влашћу непријатељске стране физичком сакаћењу или медицинским или научним експериментима било које врсте, а који нису оправдани медицинским, стоматолошким или болничким лечењем тог лица, нити су изведени у његовом интересу, а који могу да прозрокују смрт или озбиљно угрожавање здравља тог лица,
12. уништавање или одузимање имовине непријатеља, изузев ако је то апсолутно неопходно за потребе сукоба,
13. употреба отрова или средстава који у себи садрже отровне супстанце,
14. употреба загушљиваца, отровних или других гасова, као и сличних течности, материјала или уређаја и
15. коришћење муниције која се лако распрскава и шири у људском телу, као што су меци са чврстом чауром која не покрива у целости средину метка или је покрива са засецима.

Ови ратни злочини се примењују и на оружане сукобе који нису међународног карактера, осим у ситуацијама као што су унутрашњи немири и напетости као што су: побуне, појединачна и спорадична дела насиља и друга дела сличног карактера.

И на крају Специјализована већа на Косову су овлашћена поступају и у случају извршења других кривичних дела (члан 15.) која су прописана:

- а) Кривичним законом СФР Југославије из 1976. године,
- б) Кривичним законом САП Косова и Метохије из 1977. године и
- в) другим блажим законом који је био на снази у периоду од 1989. до 2000. године.

3. Камбоџа

У Камбоџије у периоду од 17. априла 1975. до 7. јануара 1979. године за време власти Црвених Кмера извршен велики број злочина у којима је страдало преко 1.700 000 цивилних лица. Готово после четврт века од извршених злочина, закључен је Споразум између ОУН и владе Камбоџе 17. марта 2000. године. На основу овог Споразума договорено је оснивање посебногсудског органа који би био надлежан за утврђивање кривичне одговорности појединаца за извршене злочине у претодном периоду²⁷. Тако је 2001. године Народна скупштина Камбоџе донела Закон о ванредним већима у камбоџанским судовима за гоњење злочина извршених за време Демократске Кампучије. Овај Закон је новелиран 2004. године. Уведена Ванредна већа су надлежна за утврђивање кривичне одговорности и кажњавање руководећих припадника Црвених Кмера као најодговорнијих лица за "повреде камбоџанског права, међународног хуманитарног права, обичаја и међународних конвенција" у периоду 17. априла 1975. године до 7. јануара 1979. године.

Дакле, на основу закљученог Споразума између ОУН и владе Камбоџе, као и новодонетог Закона, основано је Ванредно (посебно) судско веће (у оквиру постојећег правосудног система Камбоџе). У његов састав су поред домаћих, улазиле међународне судије, а примењује се домаће кривично право које је у складу са међународним стандардима. Ради се, заправо, о надлежности Ванредних већа за поступање за извршена кривична дела: а) геноцид, б) злочин против човечности, в) тешке повреде Женевских конвенција, г) повреде Хашке конвенције за заштиту културне својине у случају оружаног сукоба и д) злочине извршене против међународно заштићених лица према Бечкој конвенцији о дипломатским односима. Поред тога Ванредна (посебна) већа су надлежна и за поступање у случају извршења кривичних дела по Кривичном закону Камбоџе из 1956. године и то за: а) убиство, б) мучење и в) верски прогон.

У погледу временске надлежности, ово Посебно судско веће је надлежно само за кривично гоњење и пресуђење учинилаца кривичних дела која су извршена у периоду 17. априла 1975. до 7. јануара 1979. године на подручју ове државе. Оно што је карактеристично за овај интернационализовани суд јесте и чињеница да се кривични поступак води према домаћим кривичнопроцесним одредбама, а тако где их нема или нема могућности њихове примене, дозвољена је могућност примене правила сталног

²⁷ C.Romano, A.Nollkaemper, J.K. Kleffner, Internationalized criminal courts and tribunals; Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, op.cit. str. 189-214.

Међународног кривичног суда (дакле, сходна примена правила из Римског статута)²⁸.

4. Сијера Леоне

И коначно, интернационализовани суд је основан и у Сијера Леонеу²⁹, умалој афричкој држави, где је 1991. године избио сурови грађански рат између владиних и побуњеничких снага окупљених око Револуционарног уједињеног фронта. Готово десет година су трајали ратни сукоби са промењивим интензитетом и уз учешће појединих суседних држава (Либериије). Коначно је 7. јула 1999. године у Ломеу, главном граду Тогоа, потписан мировни споразум којим су окончана ратна страдања³⁰. Како би се стабилизовала ситуација у овој афричкој држави, на препоруку генералог секретара ОУН³¹, 16. јануара 2002. године у Фритауну³² је потписан Споразум о оснивању Специјалног суда између ОУН и владе Сијера Леонеа. Као додатак овог Споразума налазе се и Статут Специјалног суда и Правилник о поступку и доказивању.

Статут овог Специјалног суда је по својој садржини у великој мери сличан статутима *ad hoc* трибунала (за бившу Југославију и за Руанду) при чему у чл. 19. 20. и 22. Статут у недостатку одговарајућих прописа, изричито упућује на одговарајућу праксу *ad hoc* трибунала³³. Законски акт о Специјалном суду је донет 19. марта 2002. године³⁴. Седиште Специјалног суда (а не посебних одељења или већа) је у Фритауну. Према члану 1. Статута овај Суд је надлежан за поступање у кривичним предметима лица која су одговорна за следећа кривична дела: а) злочин против човечности, б) повреде члана 3. Женевске конвенције и другог допунског протокола из 1977. године, в) друге тешке и озбиљне повреде међународног хуманитарног права и г)

28 Marisabel Škorić, *Tužitelj pred međunarodnim kaznenim sudovima*, *op.cit.*, str. 39-42.

29 William.A.Schabas, *The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, 2006. године, str. 178-192.

30 C.Romano, A.Nollkaemper, J.K. Kleffner, *Internationalized criminal courts and tribunals ; Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, *op.cit.* str. 214-249.

31 Ова препорука је саставни део Извештаја генералног секретара о установљењу специјалног суда за Сијера Леоне из октобра 2000. године. На основу овог Извештаја Савет безбедности је донео резолуцију број 1370/2001 којом се од владе ове афричке државе захтева да убрза процес оснивања специјалног кривичног суда заједно са генералним секретаром УН и Високим комесаром за људска права.

32 Главни окривљени пред овим судом је бивши либеријски председник Чарлс Тејлор чије је суђење из разлога безбедности премештено из Фритауна у Хаг.

33 Antonio Cassese, *Међународно кривично право*, *оп.цит.*, стр.404-411.

34 Džon Džouns, Steven Pauls, *Међународна кривична пракса*, *оп.цит.*, стр.18-22.

поједине тешке злочине према кривичном праву Сијера Леонеа као што су: злостављање девојака према Закону о спречавању активности над децом из 1926. године исамовласно уништавање имовине према Закону о злонамерној штети из 1861. године. У погледу временске надлежности, Специјални суд у Сијера Леонеу је надлежан за сва наведена кривична дела која суизвршена после 30. новембра 1996. године (иако је грађански рат у овој сиромашној афричкој држави започео још 1991. године)³⁵. За ова кривична дела суд може изрећи следеће врсте и мере казни (члан 19. Статута): а) казна затвора, б) казна доживотног затвора и в) трајно одузимање имовине, прихода и других средстава стечених противзаконито или кривичним делом и њихов повраћај законитом власнику³⁶.

Оно што представља интересантно решење у погледу надлежности Специјалног суда, јесте и чињеница да је поред овог Суда у кривичним стварима паралелно надлежно и редовно судство у овој држави при чему Специјални суд има примат у вођењу кривичног поступка. При томе овај Суд може да у сваком моменту да тражи од домаћег суда да му уступи одређени кривични предмет. Друга специфичност овог решења, произилази из чињенице да је велики број међународних кривичних дела на подручју Сијера Леонеа управо извршен од стране малолетника. Стога је Статутом Специјалног суда предвиђено да ће под надлежност његовог поступања доћи и лица старија од 15 година – дакле, малолетници (деца-војници)³⁷.

Закључак

Војни или цивилни *ad hoc* трибунали формирани после Другог светског рата ради суђења учиниоцима најтежих међународних кривичних дела нису успели да задовоље захтеве правде и правичности, задовољења жртва, ни помирење побеђених и поражених. Стога су бројне међународне конференције одржане под окриљем ОУН разматрале могућност оснивања наднационалног, универзалног судског органа који би судио свима и свугде за учињена најтежа кривична дела против човечности и међународног хуманитарног права.

Но, и поред таквих захтева, почетком деведесетих година 20. века се формирају два *ad hoc* трибунала и то за бившу СФР Југославију и Руанду. Тако је маја 1993. године Резолуцијом Савета безбедности број 827 формиран

35 Миодраг Симовић, Милан Благојевић, Владимир Симовић, Међународно кривично право, Правни факултет, Источно Сарајево, 2013. године, стр.29-31.

36 S.J.Mallesons, N.Zerial, S.Rihani, Special court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise, Human Law Perspectives, Australian Red Cross, 2010. године, стр. 189-195.

37 Marisabel Škorić, Tužitelj pred međunarodnim kaznenim sudovima, *op.cit.*, стр. 42- 44.

Хашки трибунал за утврђивање кривичне одговорности и изрицање кривичних санкција оптуженима за повреде међународног хуманитарног права у ратним збивањима на тлу бивше СФР Југославије почев од 1991. године. Нешто касније новембра 1994. године сличан Трибунал за Руанду је формиран Резолуцијом Савета безбедности број 955. Тек 2002. године ступио је на снагу Статут сталног Међународног кривичног суда (Римски суд) са седиштем у Хагу, као стални, наднационални судски орган за вођење кривичних поступака и изрицање кривичних санкција учиниоцима најтежих међународних кривичних дела.

Но, поред њега и даље, у појединим државама широм света (Камбоџа, Источни Тимор, Сијера Леоне итд), па и на подручју наше јужне покрајине Косова, постоје и делују посебни тзв. мешовити или интернационализовани судови, са посебном надлежношћу, начином оснивања, поступком изрицања и извршења кривичних санкција за међународна кривична дела. И ови судови имају за предмет кривичноправне регулативе тешка међународна кривична дела као што су: а) геноцид, б) злочин против човечности и в) ратне злочине или кршење права и обичаја рата чије су карактеристике и обележја у великој мери конституисана на бази правне теорије, али исудске праксе нирнбершког и токијског суда, као и ад хострибунала.

Литература

Bertodano, S. de, Current Developments in Internationalized Courts, *Journal of International Criminal Justice*, број 1/2003.

Деган, Владимир Ђуро, Павишић, Берислав, Беширевић, Виолета, Међународно и трансационално кривично право, Службени гласник, Београд, 2013.

Димитријевић, Војин, Хаџи Видановић, Владан, Јовановић, Иван, Марковић, Жељко, Милановић, Милан, Хашке недоумице, Центар за људска права, Београд, 2010.

Džouns, Džon, Pauls, Steven, Међународна кривична пракса, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2005.

Јовашевић, Драган, Међународно кривично право, Правни факултет, Ниш, 2011.

Јовашевић, Драган, Икановић, Вељко, Међународно кривично право, Факултет правних наука, Бања Лука, 2015.

Mallesons, S.J., Zerial, N., Rihani, S., *Special court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise, Human Law Perspectives*, Australian Red Cross, 2010.

Међународни кривични трибунал, Зборник документа, Међународни црвени крст, Београд, 1996.

Pavišić, Berislav, Grozdanić, Velinka, Veić, Petar, Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2007.

Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan Međunarodno krivično pravo, Pravni fakultet, Sarajevo, 2010.

Romano, C., Nollkaemper, A., Kleffner, J.K., Internationalized criminal courts and tribunals; Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, Oxford, 2004.

Симовић, Владимир, Кривични судови у чијем раду заједнички учествују стране и домаће судије и тужиоци (хибридни кривични судови), Ревизија за криминологију и кривично право, Београд, број 2/2009.

Симовић, Миодраг, Благојевић, Милан, Симовић, Владимир, Међународно кривично право, Правни факултет, Источно Сарајево, 2013.

Службени лист Републике Косово 05/Л-053 од 3. августа 2015.

Schabas, William, A., The UN international criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge, 2006.

The Law of Iraqi Higher Criminal Court (LIHCC), Law No. 10. of 2005.

Cassese, Antonio, Међународно кривично право, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.

Comentaries on the International Law Commissions, Draft Code of the Crime against the Peace and Security of Mankind, AIDP, 1993.

Škorić, Marisabel, Tužitelj pred međunarodnim kaznenim sudovima, Pravni fakultet, Rijeka, 2011.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

International Crimes and Internationalized Criminal Courts

Summary

The entry into force of the Rome Statute of the International Criminal Court in the Hague in 2002 marked the official recognition of International Criminal Law as a relatively new branch of criminal law. International Criminal Law is a system of legal rules contained in the documents of the international community and in the national (internal) criminal law documents, which envisage criminal liability and sanctions for a large number of international crimes. International crimes are criminal offences committed in violation of the laws and customs of war (international humanitarian law) and acts violating or endangering peace among nations and the security of mankind. These criminal offences are: genocide, crimes against humanity and war crimes. The international criminal law as well as the national criminal legislations envisage the most stringent forms of punishment for the commission of these criminal offences. In certain cases, the perpetrators of these international crimes fall under the primary jurisdiction of international (supranational) criminal court authorities, such as the Nuremberg Tribunal, the Tokyo Military Tribunal, the Hague Tribunal, the Rwanda Tribunal, the Criminal Court of Rome, etc. This paper analyzes the characteristics of international crimes envisaged in the documents of these internationalized criminal courts (tribunals).

Keywords: *international criminal law, internationalized court, crime, criminal liability, punishment.*

Др Мирослав Лазич,

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

КОНЦЕПЦИЈА ЛИЧНИХ ПРАВА У СРПСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ¹

Апстракт: Рад се бави анализом установљавања личних права као грађанских субјективних права и омогућавањем грађанскоправне регулативе и заштите личних добара у савременом праву. У раду се посебно анализира концепт личних права у будућем грађанском законнику Републике Србије, а посебно однос општег и посебних личних права. Анализом упоредног права и стања личних права у српском законодавству и судској пракси, указује се на потребу да општи део српског грађанског законика регулише основна лична права остављајући могућност њиховог проширења и препуштајући посебним законима разраду појединих личних права. Грађански законик треба да регулише опште лично право и поједина основна права, као и општу грађанскоправну заштиту.

Кључне речи: лична права, заштита, српски грађански законик.

Увод

Грађанскоправне норме, полазећи од традиције римског права, бавиле су се претежно имовинским правима правних субјеката, а не и личношћу самих субјекта чија је заштита, претежно, препуштана јавном праву. Принцип о имовинском карактеру грађанских субјективних права се задржао и у пандектном праву, све до новијег датума. Иако је још учење природног права заговарало идеју о постојању, поред имовинских, и неимовинских права субјеката у праву, тек буржоаски грађански законици пробијају догму о имовинском карактеру грађанских субјективних права. Они најпре омогућавају заштиту имовинских интереса лица која су оштећења повредом личних права, а тек касније (друга половина XX века) се ова

1 Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, Правног факултета у Нишу.

заштита проширује и на неимовинске интересе лица погођене повредом личних добара.

Велике промене у друштвеном животу модерног доба (посебно период последњих тридесетак година XX века и XXI век) условљене развојем модерне технологије (покушаји контролисања природних сила; вештачки зачетак живота и хране; развој модерног оружја и оруђа, а посебно медицинских и других техничких уређаја итд.), и „модернизација“ живота, као и форсирање „нових“ друштвених схватања (нови поглед на полни идентитет, на родну равноправност, на положај детета и жене, на брачне односе и сл.), условиле су промену схватања о моралу, личности и потреби њене свеобухватне заштите и равноправности свих, односно заштити од разноврсних облика дискриминације. Интереси друштва и интереси појединаца све чешће су супротстављени. Интерес појединца, како имовински тако и неимовински, мора бити заштићен од несразмерно веће моћи силе којом располажу државе, односно носиоци јавне власти и бројне међународне организације. Зато лична права, као права у функцији заштите човека као слабог и рањивог бића, добијају на значају. Истовремено, како би се повећала ефикасност заштите, она добијају и наднационални карактер – јача међународна контрола националне заштите, при чему на просторима Европе посебно добија на значају улога Европског суда за људска права².

Европски суд је основан и поступа по Конвенцију о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција) и посебно ратификованим Протоколима (14 до сада). Европска конвенција садржи листу права и гаранција које признаје свака држава чланица. Конвенција гарантује, појединачно: право на живот; право на правично суђење у грађанским и кривичним поступцима; право на слободу и безбедност личности; право на слободу изражавања; право на слободу мисли, савести и вероисповести; право на слободу удруживања; право на слободу окупљања; право на ефикасан правни лек; право на мирно уживање имовине; и право на слободне изборе. Додатни протоколи гарантују и друга права (нпр. забрану дискриминације, право на имовину итд.).³

2 Европски суд за људска права је међународни суд са седиштем у Стразбуру. Број судија је једнак броју земаља чланица Савета Европе (47 чланица) које су ратификовале Конвенцију о заштити људских права и основних слобода. Судије Европског суда за људска права делују самостално и не представљају ниједну земљу. Европска конвенција о људским правима је међународни уговор који могу потписати само земље чланице Савета Европе.

3 Претпоставке за подношење захтева за заштиту због повреде личних права Европском суду су: 1) да је повређено лично право као сегмент људског права или

Наднационалном заштитом се ограничава суверенитет држава у циљу цивилизацијског обезбеђења универзалне заштите личности човека, али, све више, и ради заштите интереса капитала на глобалном нивоу. Процес глобализације „прождире“ националне интересе малих држава и нација, подржавајући интересе појединца као личности – што користи личним правима, али и интересе великих транснационалних компанија и корпорација без граница и „душе“ које занемарују интересе човека и његова основна људска права – што штети личним правима. Капитал „без граница и лица“ иде за интересом, третирајући људе као поданике са повећаним личним правима према националној јавној власти и са смањеним људским правима према самом послодавцу. Али, овај однос између људских и личних права није тема нашег рада. Улога Европског суда је да отклони неке од противречности у заштити права човека.

Тема нашег рада је установљавање личних права као грађанских субјективних права, њихово регулисање у грађанском законодавству и омогућавање грађанскоправне заштите, поред раније установљене јавноправне заштите. У раду ћемо се посебно бавити концептом личних права у грађанском законодавству и будућем Грађанском закону Републике Србије, а посебно односом општег и посебних личних права, разматрајући могућа решења *de lege ferenda*.

1. Лична права као субјективна грађанска права

Грађанска лична субјективна права гарантују правним субјектима заштићени круг права и слобода којима се физичка лица, као појединци или чланови правних лица, штите од недопуштеног утицаја трећих лица, а посебно јавне власти – државе и њених организација које располажу монополом силе. Лична права уживају општу заштиту, без обзира да ли је њихов титулар у стању да се самостално стара о сопственој заштити или то за њега чине друга лица (нпр. деца, душевни болесници итд. уживају једнаку заштиту части и угледа).

У правном односу „уоквиреном“ грађанским субјективним правом, заштићена су претежно имовинска права (својина, потраживања, право наследства итд.), али и одређена неимовинска права. Од неимовинских права, поред људских права којима се гарантују основне слободе и права човека (нпр. слобода окупљања, говора, кретања итд.), посебан значај до-

основне слободе; 2) да је повреду учинила јавна власт, а не други појединац; 3) да је исцрпљен пут правне заштите у српском праву, што обухвата и последњу инстанцу – уставна жалба Уставном суду Републике Србије и 4) да је представка поднета у преклузивном року (шест месеци од коначне одлуке националног суда).

бија сфера личних права којима се штите лична добра (живот, част, углед, достојанство, приватност)⁴. При томе, поједине људске вредности, па и лична добра као објект заштите, уживају „вишеслојну“ заштиту, штитећи се и као јавна и као приватна права (нпр. право на живот, телесни и духовни интегритет итд.). Зато је линија разграничења приватних и јавних интереса, па и имовинских и неимовинских права (нпр. повреда имовине доводи и до повреде душевног интегритета и обрнуто), понекад веома флукутална.

Идеја о личним правима резултат је тежње за стварањем универзалних вредности човека као појединца. То је захтевало да лична права временом превазиђу националну регулативу и заштиту и да буду призната наднационалним прописима, што омогућава универзалну заштиту и заштиту без обзира на стање националног законодавства и правосуђа. Те универзалне вредности најпре су признате као основна људска права и слободе и дефинисане највишим правним документима.⁵ Из тог „резервоара људског достојанства“, „хексагона људских права и слобода“, временом се издваја посебна категорија – лична субјективна права (*Persönlichkeitsrechte, droits de la personnalité, personality rights*). Њиховом признању као грађанским субјективним правима се противила вишевековна „догма“ имовинског карактера грађанских субјективних права - да су то права новчано мерљива. Требало је превазићи и схватање о целовитости субјективитета физичког лица као јединственог субјекта који не може истовремено бити и субјект и објект правног односа. Али, развој права је показао да саставни део личности (живот, здравље, достојанство, углед, име, лик, приватност...), иако део целовите личности, као лично добро, може бити и објект грађанског права и објект грађанскоправне заштите код које доминира имовинскоправна санкција. Тиме су створене претпоставке за креирање нових грађанских субјективних права – личних права и установљавање њихове грађанскоправне заштите, поред постојеће јавноправне заштите.⁶

4 Признањем правним субјектима субјективних права успоставило је њихову формалноправну једнакост. Видети: С. Крнета, „Субјективна права“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Сл. лист СФРЈ, Београд, 1977, стр. 186-201.

5 Наводимо само неке: Универзална декларација о правима човека Уједињених нација из 1949, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950 и Протоколи донети уз Конвенцију; Међународног пакт о државним, социјалним и културним правима и Међународног пакт о грађанским и политичким правима; Национални устави, па и Устав Републике Србије из 2006. г. и др. У актима нижег хијерархијског ранга садржана су права и слободе у вези са одређеним испољавањима човекове егзистенције (као власника, повериоца, окривљеног, пацијента), којима се разрађују уставне гаранције основних људских вредности.

6 Осим грађанскоправним нормама, појединац је заштићен и нормама других делова правног система – кривичног, управног, прекршајног права. Јавноправна заштита

Лична права (права личности) су грађанска субјективна права која имају основне карактеристике апсолутних права, тако да овлашћују титулара да свако треће лице искључи од права на захват у лично добро титулара, осим у складу са допуштеним ограничењима и пристанком тог лица датог у складу са законом.⁷ Али она добијају и одређене специфичности (*differentia specifica*) својствене само њима што захтева модификацију појединих дејстава апсолутних права. Она овлашћују титулара да своје лично добро користи (оствари), уживајући га (нпр. поштовање приватности, имена, угледа, интимне сфере, тајности преписке) и располажући њиме (нпр. да објави дневник, фотографију, рекламни спот, CD, итд.).⁸

Апсолутност се огледа у дејству према свима (*erga omnes*), које намеће обавезу поштовања за сва трећа лица као субјекте права, укључујући и носиоце јавне власти. Број и идентитет обавезних лица (сва трећа лица) нису унапред познати, јер то није ни потребно до момента потребе заштите од конкретног лица који није поштовао обавезу уздржавања.

Лична права су неимовинска права *par excellence*, јер се вредност њиховог објекта – личног добра – не може непосредно исказати новчаном јединицом и зато не чини саставни део имовине.⁹ То су ексклузивна (искључива) и непреносива права која може вршити само титулар овлашћења. Међутим, то не значи да допуштеним коришћењем (нпр. комерцијализацијом сопствене слике, тона, приватности лица као титулара) или недопуштеним коришћењем не могу да добију и имовински карактер – посредно мерење новчаном јединицом (накнада за објављивање слике на реклами). Свако лице може овлашћења поводом коришћења сопственог личног добра пренети на другога у границама аутономије воље омеђене законским оквиром и без задирања у иста права трећих лица (нпр. објављивање своје слике, али не и заједничке слике са ликом другог лица без његове сагласности).

се врши од стране надлежних органа јавне власти и има правне карактеристике уставноправне, управноправне или кривичноправне заштите.

7 Видети, Р. Ковачевић Куштримовић - М. Лазић, Увод у грађанско право, Ниш, 2008, стр. 171 и надаље.

8 Видети, В. Водинелић, „Лично право као субјективно право и као грана права“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 3/1976, стр. 373 и надаље.

9 То значи да доследна примена имовинске санкције у развијеним правним системима и искључење личних санкција (дужничко ропство и дужнички затвор) које је потврђено Протоколом 4 уз Европску конвенцију, лична добра чини заштићеним од принуде у грађанскоправним односима – принудно извршење, обавезна комерцијализација итд. Међутим, све имовинске користи остварене комерцијализацијом личних добара су садржина имовине (накнада штете, накнада за слику итд.).

Лична права као апсолутна грађанска субјективна права, гарантују свом титулару непосредну правну власт на личним добрима, иако, истовремено, делу човекове личности Лична права су специфична и по начелној непреносивости (неотуђивост и ненаследивост). Ипак, ово правило није без изузетака. Модернизација технологије и ширење сфере интересовања јавности за доступност података о туђим личним добрима је омогућила проширење личних права којима се може располагати. Тако, поред права на слику (модел и рекламе), комерцијализују се и право на глас омогућавањем тонског записа, право на интимну сферу, односно приватности итд. Комерцијализацијом личних права се не преноси само лично добро (право на слику, приватност итд.) које је непреносиво, већ се конституише право коришћења и располагања туђим личним добром, нпр. право на објављивање интимне преписке које се може допустити али без повреде приватности трећег лица, итд.

Право на заштиту настаје моментом повреде, а „право следовања“ у функцији заштите овог права, типично за апсолутна права и непосредну правну власт, реализује се одговарајућом накнадом лицу због повређеног личног добра које је неотуђиви део личности, без обзира да ли је штета као последица повреде мерљива у новцу – материјална штета или није мерљива у новцу – нематеријална штета. Штета која је мерљива у новцу захтева репарацију као меру отклањања – натуралном (извињење, демантија, исправку) или новчаном накнадом (трошкови лечења, издржавања итд.), а штета која није мерљива у новцу захтева сатисфакцију као меру ублажавања неимовинске штете – такође натуралном реституцијом када је могућа или накнадом штете (накнада за претрпљени бол, страх итд.).

Права личности не застаревају услед невршења, нити могу на други начин престати док личност егзистира. Она су везана за личност и трају најмање колико и личност.¹⁰ Међутим, право на накнаду штете застарева јер се лична права не штите следовањем објекта, који је остао саставни део личности, већ реституцијом.

У модерном праву је превладало схватање да лична права постоје као посебна категорија приватних (грађанских) субјективних права личности на сопственим личним добрима титулара, попут физичког и духовног интегритета итд.¹¹ Иако су људска права и лична права предвиђана у

10 Нека права личности надживљују свог титулара, па право заштите прелази на наследнике. Реч је о тзв. моралној заоставштини оставиоца; објављивање података из живота покојника може повредити право на пијетет његових наследника, што је још једна чињеница у прилог тезе о грађанскоправној заштити као потпунијој заштити лица у поређењу са јавноправном заштитом.

11 Слично N. Gavella, *Osobna prava*, I, Zagreb, 2000, str. 17.

бројним међународним документима, тек је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950.г., са касније усвајаним протоколима, постала непосредан извор личних права и слобода за појединце које државе морају поштовати. Правна снага ових права је појачана регулисањем ефикасне наднационалне заштите појединца посредством Међународног суда за људска права. Међутим, примарна заштита је заштита на националном нивоу, а међународна заштита је општи оквир и коректив националне заштите.

2. Место личних права у систему грађанске кодификације

У савременом праву, лична права су објект регулисања и заштите у грађанском законодавству, односно обавезна садржина модерних грађанских законика. Неспорно је мишљење да лична права треба да буду регулисана и новим грађанским закоником Републике Србије, односно Српским грађанским закоником за који назив се залажемо.

Једно од основних претходних питања које треба решити приликом доношења грађанског законика, јесте његова систематика. У европским законодавствима доминантна су два облика систематике грађанских законика – институциона и пандектна систематика.¹² Међутим, ове две основне систематике садрже и бројне модификације. Разлике су нарочито важне у погледу присуства и садржине општег дела. Тако, неки од европских грађанских законика имају општи део, а други имају само уводне одредбе. Нпр. Немачки грађански законик је познат по Општем делу, док Француски, Аустријски и Швајцарски садрже само уводни део.

Увођење Општег дела у Немачки грађански законик (§§ 1-240 BGB), израз је потребе да, најпре, буду уређени општи правни појмови, институти и начела заједничка свим гранама грађанског права (стварном, облигационом, наследном и породичном праву). У општи део спадају правне норме које регулишу статусно право, застарелост, правне послове, вршење и заштиту права, забрану злоупотребе права, заступништво и друге институте, који су заједнички свим деловима грађанског права.¹³ Мишљења смо да општи део треба да садржи и опште одредбе о личним правима.

12 В., Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, цит. дело, стр. 13, 14.

13 В., Р. Ковачевић Куштримовић/М. Лазић, „Грађански законик Србије и право Европске Уније“, у: *Актуелна питања грађанске кодификације*, тематски зборник, Правни факултет у Нишу, Ниш 2008, 32; Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, *Грађански законик Србије и право Европске Уније, Правни живот*, Београд, 11/2008, стр. 409 и надаље.

Од новијих законика, интересантна су решења у Грађанском законнику Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации донет по деловима у периоду 1994 – 2006.)¹⁴. Руски законик је донет на основу достигнућа правне науке руских цивилиста, али и коришћењем упоредних решења, а, пре свега, грађанске кодификације Холандије и кодификације канадске провинције Квебек. Поред тога, коришћен су и решења грађанске кодификације Бразила и Аргентине¹⁵, али и других кодификација, као и сазнања правне науке. Руски грађански законик има специфичну систематизацију и састоји се из шест делова.

У оквиру прва два дела је садржано више одељака – који чине Општи део, Стварно право и Општи део облигационог права. У општем делу су регулисана основна начела грађанског права (глава I); постанак грађанског права и обавеза, остварење и заштита (глава II); физичка лица (глава III); правна лица (глава IV); Руска федерација као субјект права (глава V). У одељку о објектима су регулисана питања врсте објекта и ствари (глава VI); хартије од вредности као објекти (глава VII) и нематеријална добра и њихова заштита (глава VIII) и општи појмови правних послова, услов и рок глава (IX). Овај одељак обухвата првих 208 чланова.

У другом одељку су регулисани право својине и друга стварна права. Трећи одељак обухвата општи део Облигационог права (чл. 307 - 453), а четврти регулише посебне облике облигација (чл. 454 – 1109). Овај део се односи на уговорно право у оквиру кога је регулисано делом и заложно право – општа правила о заложном праву. Хипотека је препуштена посебном закону и није регулисана у Кодексу.

Трећи део регулише наследна права (чл. 1110 - 1185 и међународно приватно право – грађанскоправне односе са елементом иностраности. Ступио је на снагу 1. марта 2002. године. Четврти део се односи на права интелектуалне својине.

Нови грађански законик Русије је поставио темеље савремених грађанских односа и трасирао пут њиховог даљег развоја. Руски Кодекс је увео савремена грађанскоправна начела: принцип једнакости правних субјеката; гаранцију приватне својине; недопустивост задирања било-кога

14 Опширније, М. Лазић, Структура и карактеристике руског грађанског законика, Зборник Правног факултета у Бањој Луци, 2010, стр. 267-279. В., С. Н. Медведев, Гражданский кодекс РФ и проблемы его совершенствования и унификации, 2009, Вестник Ставропольского государственного университета, 59/200

15 В., Codiigo civil da Republica dos estados unidos do Brasil 2003, /<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/l10406.htm> P.105; В., Proyecto de codigo civil (de la Republica Argentina) de 1998 // <http://alterini.Org./fnota.thm>.

у лична права појединца (кроз грађанско законодавство успостављена је заштита личних права према држави и власти и установљена је аутономију личности); изградио је солидну судску заштиту права и законитих интереса учесника робно-новчаних односа и др.

Руски правни научници, због великог значаја за развој робно-новчаних односа, грађански Кодекс, с правом, називају „економским уставом“¹⁶. Слажемо се са мишљењем аргентинског цивилисте Гуљерма који је навео да се „може сматрати да је грађански кодекс важнији и од самог националног устава, зато што је ближи животу грађана, јер гради климу у којој грађанин свакодневно живи и дела“¹⁷. Сматрамо да ова констатација још више важи за заштиту личних права.

Према томе, лична права су најпотпуније изражена у грађанском законодавству и гарантују права човека, а посебно високи степен аутономије воље, укључујући и право на уговорну слободу ради заштите својих интереса. Грађанскоправна заштита је најприлагољивији облик заштите интересима појединаца.

Сматрамо да је општи део као саставни део грађанске кодификације веома користан, посебно код доношења нових законика у земљама са прекидом традиције грађанске кодификације, као што је Србија. Српска правна наука, због дисконтинуитета у развоју приватног права учињеног социјалистичким правним системом, треба да дефинише и утемељи многе грађанскоправне институте и појмове, попут приватне својине, правна лица, лична права и ефикасан систем њихове заштите као субјективних права итд. Општи део грађанског законика „служио“ би увођењу у систем заједничких елемената за поједине правне институте и омогућио би разумевање система грађанског материјалног права, његовог места и улоге у систему права, уопште.

У савременом праву примећујемо тенденцију ширења посебних одредби о регулативи и заштити личних права, која се огледа у повећању броја закона који уређују поједина лична права, уређивању посебних поступака њихове заштите и субјеката задужених да их штите (попут Повереника¹⁸)

16 В., Гражданский кодекс Российской Федерации. М., 2000 С. V.; Алексеев С. С. Крашенинников П. В. Экономическая Конституция // Цивилистическая практика. 2004. С. 15.

17 Proyecto de codigo civil de 1998. Nota de elevacion Internet. P.1. Guillermo A. Borda, цит. по С. Н. Медведеву, цит. дело, стр. 11.

18 Тако, Повереник за заштиту података о личности, овлашћен је да штити права на приватност, тајност личних података и приватне преписке грађана у ситуацијама у којима се о њима прикупљају и обрађују подаци о личности

или осветљавањем појединих њихових аспеката (попут права пацијента, права детета). То је и последица ширења потенцијалних опасности по права личности које са собом носи научно-технолошки напредак (генетски инжењеринг, трансплантационе технологије, доступност података са разних профила на интернету итд.), а на које право (па ни грађанско право) својим класичним инструментима правне заштите није увек у стању да адекватно реагује.

Општи и посебни прописи међусобно се не искључују; тако да је могуће да претходна примена посебних правила буде услов општој грађанскоправној заштити (односно супсидијарности), као што је могуће и кумулирање ових, различитим прописима уређених правозаштитних захтева. Остаје дилема да ли се ради о више различитих субјективних грађанских права или се ради о једном општем личном праву. Од овог решења зависи и регулатива у грађанском законнику.

Тако, лична права као опште лично право су регулисана у швајцарском грађанском законнику (чл. 27-28 ZGB). У немачком праву се заштита личних права заснива на уставној одредби која гарантује неповредивост људског достојанства и право на слободно развијање своје личности (чл. 1-2 ГГ). Тако гласи и одредба пар. 16 аустријског ABGB-а, по којој „сваки човек има природна (урођена) права, која се познају самим разумом, и зато се он као лице има сматрати“.¹⁹ Према томе, превладала је доктрина о једном општем личном праву из кога се изводе поједина лична права. Правни основ тог признања је или међународна конвенција, или устав, или грађански законик.²⁰

Проучавајући важеће правне изворе у српском праву који у међусобној повезаности и усклађености (више-мање) обезбеђују целовиту гаранцију личних права, ради бољег разумевања, можемо одредбе о правима личности – а посебно грађанскоправној регулативи и заштити – поделити на опште и посебне одредбе.

Опште одредбе о личним правима установљавају правни оквир регулативе и заштите, подесан за њено пружање сваком угроженом или повређеном личном праву. Општи правни оквир је на националном нивоу постављен Уставом РС²¹. Уставна гаранција неотуђивих права и слобода, институциона и индивидуална, полазиште је свих облика правног утемељења и правне заштите личних права, па и грађанскоправне заштите. Такође, наведени

19 Više kod: N. Gavella, цит. дело, стр. 18, нар. 14.

20 Видети, В. В. Водинелић, Грађанско право, Београд, 2012, стр. 252.

21 „Сл. гласник РС“, бр. 98/06.

наднационални прописи, попут Европске конвенције²² и читавог низа међународних и регионалних докумената, такође утврђују стандарде и општеприхваћена начела гаранције универзалних вредности каква су лична права правних субјеката. Међутим, опште одредбе заштите су постављене и у законима, односно биће саставни део будућег српског грађанског законика. Тако, Закон о облигационим односима²³ - нарочито код регулисања надокнаде штете (чл. 154-209), али и другим одредбама, установљава општу заштиту личних права. Поред опште грађанскоправне заштите личних права на основу ЗОО, понекад је неопходно, предвидети и додатна правна средства заштите личних права у специјалним законима. Тако, нпр. Закон о трансплатацији органа би регулисао и права заштите у случају повреде физичког интегритета и сл.

Поред грађанскоправне заштите за лична права која су законом установљена, суд може пружити заштиту и другим личним добрима чија повреда оправдава карактер грађанскоправне заштите, а свој основ налазе у неком другом правном основу. Тако, нпр. заштита од буке може да доведе до повреде физичког или психичког интегритета, а суд би, процењујући околности случаја, допустио заштиту у посебним околностима.

Посебне одредбе о личним правима и посебна правна заштита личних права настаје под утицајем нових закона (и међународних докумената) којима се у корист личности установљавају нова права или се постојећа детаљније уређују у вези са оним ситуацијама чије је регулисање основни предмет тих прописа. Наводимо оне из српског права које сматрамо посебно значајним за уређење и заштиту посебних личних права: Закон о јавном информисању и медијима²⁴, Закон о заштити података о личности²⁵, Закон о здравственој заштити²⁶, Закон о заштити права пацијената²⁷, Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог

22 За нашу тему значајна су тумачења конвенцијских чланова о праву на живот (чл. 2), на достојанство (гарантовано је посредно, забраном мучења, ропског односа и принудног рада (чл. 3 и 4), на суђење у разумном року (чл. 6), праву на поштовање личног и породичног живота (чл. 8), на слободу изражавања (чл. 10) и о забрани дискриминације (чл. 14). Вид., И. Симоновић – М. Лазић, Грађанскоправна заштита права личности, Зборник Правног факултета у Нишу, стр. 271 и надаље.

23 „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93.

24 „Сл. гласник РС“, бр. 83/014.

25 „Сл. гласник РС“, бр. 97/08, 104/09, 68/012, 107/012.

26 „Сл. гласник РС“, бр. 107/05, 72/09, 88/010, 95/010, 57/011, 119/012, 45/013.

27 „Сл. гласник РС“, бр. 45/013.

оплођења²⁸, Закон о трансплантацији органа²⁹, Закон о трансплантацији ћелија и органа³⁰, Закон о раду³¹, Закон о заштити животне средине³² и други. Ова правила су увек *lex specialis* у односу на општи грађанскоправни режим личних права.

3. Лична права у новом Српском грађанском законнику

Лична права спадају у апсолутна субјективна права, те, без обзира на бројне специфичне карактеристике, треба да буду, поред посебне законске и међународне регулативе, саставни део регулативе грађанским закоником и да буду садржана у Општем делу будућег Грађанског законика Србије (Српског грађанског законика). Лична права као субјективна права, уређена грађанскоправним нормама, делују у свакодневним, приватноправним односима својих носилаца.³³ Ипак, постоје и одређене дилеме око садржине регулативе и систематизације, на које ћемо указати у наставку рада.

Сматрамо да је најприхватљивије решење да се грађанска лична права, поред осталих а пре свега наднационалних извора, гарантују и у грађанском законнику – као опште лично право. У старијим грађанским законцима лична права нису успостављена дефинисањем свога појма, већ признањем грађанскоправне заштите. У модерним грађанским законцима неопходна је детаљна регулатива личних права. Опште предвиђање права на грађанскоправну заштиту (вид., чл. 82 Преднацрта ГЗС) треба сачувати.

Прва дилема важна за законик у погледу уређења личних права је, да ли је довољан општи појам грађанских субјективних права који обухвата сва апсолутна субјективна права или је корисно одредити и поједине опште појмове стварних, облигационих, личних права итд? Сматрамо да би ово ближе одређење појединих личних права било целисходније за правну праксу и разумевање грађанскоправних односа. У новом српском грађанском законнику, у општем делу, поред одређивања општег појма личних права као грађанских субјективних права, сматрамо да је неопходно дати опште појмове и поједних основних личних права.

28 „Сл. гласник РС“, бр. 72/09.

29 „Сл. гласник РС“, бр. 72/09.

30 „Сл. гласник РС“, бр. 72/09.

31 „Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/013, 75/014.

32 „Сл. гласник РС“, бр. 135/04, 36/09, 72/09, 43/011.

33 С. Крнета, „Питање мјеста личних права у систему грађанског права“, *Одабране теме приватног права*, Сарајево, 2007, стр. 259; . Dropulić, *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Zagreb, 2002, стр. 195.

Тако, у погледу опште појма субјективних права у ГЗ, мишљења смо да треба прихватити следећу комбинацију понуђених решења из чл. 77 Преднацрта ГЗС: *“Субјективно право је скуп овлашћења које правни поредак признаје одређеном лицу да од другог лица у правном односу захтева одређено понашање, уз могућност принудног остварења“*. Међутим, мишљења смо да треба изоставити, као сувишне за грађански законик, одредбе о појмовима и карактеристикама апсолутних и релативних субјективних права, садржаних у чл. 78-79 Преднацрта ГЗС.

Поред тога, сматрамо да треба одредити и општи појам личних права као нових грађанских субјективних права³⁴. *Нпр., лична права су апсолутна грађанска субјективна права која овлашћује носиоца да свако треће лице искључи од права задирања у лично добро правног субјекта, осим у складу са допуштеним ограничењима и пристанком субјекта датим у складу са законом. Лична права се установљавају законом и њихов општи предмет заштите је људско достојанство.*

У том смислу је решење из Нацрта Грађанског законика Републике Србије, у коме је право на достојанство личности дато као опште право и извршено је набрајање врста личних права која се изводе из достојанстава личности (чл. 80. Преднацрта ГЗС), прихватљиво и одговара опредељењу у упоредном праву.

Чл. 80. Преднацрта ГЗ Србије гласи:

„Право на достојанство личности је неприкосновено и сви су дужни да га поштују. Право на достојанство личности обухвата: право на живот, здравље и телесни интегритет; право на слободу; право на част и углед; право на име; право на лични идентитет; право на сопствену слику; право на тајност писма; право на глас; право на лични (приватни) живот; право на психички интегритет, као и на друга права личности утврђена уставом, међународним конвенцијама и посебним законима“.

Поред тога, мишљења смо да, због правне сигурности, нови грађански законик Србије треба да постави и правни оквир појединих посебних личних права, без обзира што је детаљно регулисање појединих личних права предмет посебних закона.³⁵ Општа правила о личним правима би била садржана у новом српском грађанском законнику и то у општем

34 Иако је то мање важно због дуге традиције постојања, због целовитости законика, могуће је посебно одредити и општи појам других грађанских субјективних права (стварних, облигационих итд.).

35 То не значи да посебни закони не могу да дају потпуније опште појмове личних права, јер грађански законик треба да садржи правну норму која је стожер који поставља темеље и траје дуже, а посебни се могу мењати и прилагођавати потребама.

делу, а општа правила заштите у делу грађанског законика који регулише облигационе односе.

Грађански законик треба да постави правни оквир најважнијих личних права која су опште призната у моменту његовог доношења, али и да остави правну могућност да се посебним законима установљавају и нова лична права, као и правну могућност да се судским одлукама могу установљавати и нови облици заштите.

Због непримењивости принципа енумерације у личним правима, како због њихове специфичности, тако и због њиховог интензивног развоја и потребе за формирањем нових облика личних права, потребно је оставити простор за постојање права на заштиту осталих субјективних права.³⁶ Установљена лична права не треба таксативно навести (не важи принцип енумерације), тако да се посебним законима могу установљавати нова лична права, а судским одлукама и нови облици њихове заштите.

Примера ради, одредићемо правни оквир права приватности који треба да буде садржан у општем делу грађанског законика.

Право на приватност је право сваког лица на самостално вођење личног и породичног живота и право на искључење, попутно или делимично, сваког трећег лица од противправног задирања у приватну сферу физичког и правног лица.

Право на приватност се стиче моментом рођења детета, а престаје моментом смрти лица.³⁷

Објект права на приватност су тајност интимног живота и уопште свакодневног живота лица, тајност података о физичком и правном лицу, тајност преписке и лика, без обзира да ли су јавности доступна на јавном месту или се налазе на приватном поседу (кућа, двориште).

Изузетно, право на приватност се може ограничити посебним законом у складу са међународним конвенцијама и стандардима, а ради заштите оштрих интереса или самог титулара (право на информисање јавности због превалентности општег интереса, јавне личности итд.).³⁸

36 Тако и N. Gavella, *Osobna prava*, I dio, Zagreb, 2000, str. 30.

37 Истина, ова одредба може бити садржана и код општег појма личних права.

38 Објављивање неких података о јавним личностима, без њиховог пристанка или дозволе, није противправно, јер се они, учествовањем у јавном животу, донекле одричу приватности, чинећи свој живот оправданим предметом интересовања јавности. В., С. Крнета, „Право на приватни живот као грађанско субјективно право“, *Одабране теме приватног права*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву и Академија наука и умјетности Босне и Херцеговине, Сарајево, 2007, стр. 105.

Закључак

Лична права (права личности) гарантују човеку права и слободе које треба да одреде аутономију људске индивидуе која је гарантована према другом појединцу и држави (живот, физички интегритет, приватност...). Правно уређење заштите личних права је неопходно, јер се тиме и потврђује њихова неприкосновеност, апсолутност и искључивост. У лична права спадају: право на физички интегритет (живот, телесни интегритет, здравље); право на идентитет (право на име, слику, глас, полну оријентацију); право на приватност (преписке, стана, личности); право на душевни интегритет (част и углед, пијетет, осећаји) итд.

Људски напредак усмерен ка новим технологијама у медицини, генетици, информатици. повећала су ризике по права личности. Све то условљава честе законодавне измене и проширење заштите личних права уз успостављање равнотеже између појединачног и општег интереса. Тако, некада ће сукоб интереса превагнути у корист слободе штампе и права јавности да о важним друштвеним догађајима и личностима буде обавештена, а други пут у корист права приватности особе и могућности да искључи одређена сазнања о својој личности за трећа лица.

Општа правила о личним правима би била садржана у новом српском грађанском законнику и то у општем делу, а општа правила заштите у делу грађанског законика који регулише облигационе односе.

Нови српски грађански законик треба да наброји најважнија лична права која су опште призната у моменту његовог доношења, али и да остави правну могућност да се посебним законима установљавају и нова лична права, као и правну могућност да се судским одлукама могу установљавати и нови облици заштите.

Због непримењивости принципа енумерације код личних права, како због њихове специфичности, тако и због њиховог интензивног развоја и формирања нових личних права, потребно је оставити простор за постојање права на признање и заштиту и других личних субјективних права.

Сматрамо да законик треба да одреди и општи правни оквир појединих посебних личних права. Поред тога, поједина лична права и њихова додатна заштита била би регулисана и посебним законима.

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Concept of Personal Civil Rights in Serbian Legislation

Summary

The paper discusses the institute of personal rights as subjective civil rights and the establishment of civil regulation and protection mechanisms for the protection of personal property in the contemporary law. In particular, the author analyzes the concept of individual rights in the future Civil Code of the Republic of Serbia, with specific reference to the relationship between general and specific personal rights. Relying on the provided analysis of the status of personal rights in comparative law and in Serbian legislation and case law, the author points out that the general part of the future Serbian Civil Code should regulate the basic personal civil rights in a way that allows for the possibility of extending the catalogue of personal civil rights, whereas a further elaboration of specific personal rights should be the matter of separate subject-specific legislative acts. The prospective Civil Code should regulate the general personality rights and some basic civil rights, as well as general civil law protection issues.

Key words: *personal civil rights, legal protection, Serbian Civil Code*

Др Борђе Л. Николић,

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ САЗИВАЧА ЈАВНОГ СКУПА

Апстракт: У раду је размотрена грађанскоправна одговорност сазивача јавног скупа којом се, осим у оквирима појединих посебних случајева одговорности, наша правна теорија није озбиљније бавила. Нема о таквој одговорности ни одговарајуће судске праксе, а да ситуација постане још конфузнија „побринуо“ се и Уставни суд Републике Србије који је Закон о окупљању грађана у целости касирао.

Суочен са поменути \` м тешкоћама и ограничењима, аутор је настојао да у главним цртама потенцира основне проблеме и њихова могућа решења. У том контексту анализирани су карактер и основ грађанскоправне одговорности сазивача јавног скупа, услови његове одговорности са акцентом на узрочну везу у виду тзв. збирног каузалитета, облици његове одговорности, као и ослобођење од одговорности и регресна одговорност сазивача јавног скупа.

Кључне речи: грађанскоправна одговорност, јавни скуп, сазивач, збирни каузалитет, регресна одговорност и јавна демонстрација.

1. Претходне напомене

Јавни скупови су веома чести у савременом свету, па није претерано рећи да су скоро свакодневна појава. У већини земаља преовлађују јавни скупови који су унапред пријављени (одобрени) и организовани, с тим што су мање или више спонтани и непријављени (неодобрени) скупови знатно чешћи у земљама у којима су ограничена грађанска права и слободе или је њихова реализација отежана. Иначе, јавни скупови су израз и облик оства-

ривања слободе јавног окупљања,¹ али и слободе изражавања мишљења и кретања,² које се предвиђају у уставима скоро свих савремених држава.

У законима Републике Србије, којима је била уређена слобода окупљања,³ термином „јавни скуп“ означавали су се сазивање или одржавање збора или другог скупа на за то примереном простору, тј. веома широки спектар веома различитих облика јавног окупљања грађана. Сви ти различити облици јавног окупљања грађана били су подвргнути једном јединственом правном режиму, с тим што су се извесне разлике правиле само у односу на простор њиховог одржавања. Ипак, одредбама Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) предвиђа се и један посебан режим одговорности у односу на штете које су проузроковане приликом јавних демонстрација и манифестација,⁴ као посебним облицима окупљања већег броја људи ради изражавања свог негативног или позитивног става према неком догађају, поступку или одлуци, за које је карактеристично да се увек одржавају на тзв. „стално и апсолутно отвореним јавним местима“ (улице, друмови, тргови и сл.).⁵ Слична је ситуација и са посебном одговорношћу организатора приредби.⁶

Свака концентрација већег броја људи на одређеном простору ствара посебну опасност по окупљене људе и њихову околину,⁷ тако да приликом одржавања јавних скупова уопште, а нарочито приликом одржавања јавних демонстрација и манифестација, нису искључене и различите штетне последице. Оне се могу испољити у виду смрти и телесних повреда учесника окупљања и лица која се нађу у њиховој околини, али и у оштећењу или уништењу материјалних добара. Штетне последице су скоро неизбежне у

1 В. чл. 54 Устава Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006).

2 В. чл. 43 и 39 Устава Републике Србије.

3 Говоримо о ранијим законима, јер је Одлуком Уставног суда Републике Србије ИУз-204/2013 („Службени гласник Републике Србије“, бр. 88/2015 од 23. октобра 2015. године), утврђено да Закон о окупљању грађана („Службени гласник РС“, бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94, „Службени лист СРЈ“, бр. 21/2001 – одлука СУС и „Службени гласник РС“, бр. 101/2005) није у складу са Уставом Републике Србије, тако да је престао да важи даном објављивања одлуке, а нови закон којим би била уређена материја јавног окупљања још увек није донесен.

4 Чл. 180 Закона о облигационим односима - ЗОО („Службени лист СФРЈ“, бр. 29, 39/85, 45/89, 59/89; „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93).

5 Зоран Томић, Одговорност друштвено-политичке заједнице за штету проузроковану приликом јавних манифестација у праву СФРЈ, магистарски рад, Београд, 1982, стр. 36.

6 Чл. 181 ЗОО.

7 Зоран Томић, *op. cit.*, стр.1.

случајевима када је окупљена маса бунтовно и рушилачки расположена па користи и извесна средства насиља.

За штету насталу одржавањем јавних скупова одговорни су, пре свега, сами учесници који су штету проузроковали. Поред њих, за штету могу бити одговорни и њихови организатори, ако су прекршили законске обавезе у вези са њиховим организовањем,⁸ али и држава чији су органи, пре свега органи унутрашњих послова, незаконитим или неправилним радом проузроковали штету или су законитим или правилним радом могли да је спрече.⁹ Међутим, у нашем праву је, ради ефикасније заштите лица која претрпе штету услед јавних демонстрација или манифестација, предвиђена и посебна одговорност државе,¹⁰ с тим што се, и за штету проузроковану приликом јавне приредбе, предвиђа и посебна одговорност њеног организатора.¹¹

Закон о јавним окупљањима грађана посебно је прописивао да је сазивач јавног скупа дужан да надокнади штету, уколико до ње дође, по општим правилима о накнади штете.¹² У том смислу је и каснијим Законом о окупљању грађана била прописана обавеза сазивача јавног скупа да надокнади штету која је настала услед његовог одржавања.¹³ Међутим, Одлуком Савезног Уставног суда ИУ бр. 12/94 од 24.04.2001. године, одредба чл. 13 Закона о окупљању грађана проглашена је неуставном и престала је да важи 11.05.2001. године, чиме је доведена у питање и могућа одговорност сазивача јавног скупа за штету која је услед његовог одржавања проузрокована. Чини се, ипак, да би такав закључак био потпуно погрешан, јер законодавац сигурно уопште није намеравао да Законом о јавним скуповима конституише било какав посебан случај грађанскоправне одговорности сазивача јавних скупова. Напротив, интенција законодавца је била да се, потенцирањем могуће грађанскоправне одговорности сазивача јавних скупова, која произлази из општих правила о одговорности за проузроковану штету, на сазиваче превентивно делује, како би у потпуности и

8 Таква одговорност је била предвиђена Законом о јавним окупљањима грађана („Службени гласник РС“, бр. 14/90), као и Законом о окупљању грађана („Службени гласник РС“, бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94, „Службени лист СРЈ“, бр. 21/2001 – одлука СУС и „Службени гласник РС“, бр. 101/2005) и 88/2015 – одлука УС).

9 В. чл. 35, ст. 2. Устава Републике Србије.

10 В. чл. 180. 300.

11 В. чл. 181. 300.

12 Чл. 16. Закона о јавним окупљањима грађана („Службени гласник РС“, бр. 14/90).

13 Чл. 13. Законом о окупљању грађана („Службени гласник РС“, бр. 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94, „Службени лист СРЈ“, бр. 21/2001 – одлука СУС и „Службени гласник РС“, бр. 101/2005) и 88/2015 – одлука УС).

доследно извршавали све своје законске обавезе у вези са одржавањем јавних скупова. Према томе, то што је престала да важи законска одредба о обавези сазивача јавног скупа да надокнади штету која је настала услед његовог одржавања, уопште не значи да сазивач јавног скупа не подлеже грађанскоправној одговорности према према општим правилима о одговорности за штету која садржи Закон о облигационим односима.

Правна теорија се, нажалост, није озбиљније бавила грађанскоправном одговорношћу сазивача јавног скупа, а ни судови се, осим у случају одговорности организатора природби, о њему нису изјашњавали. У сваком случају, грађанскоправна одговорност сазивача јавног скупа, која ће бити изложена у овом раду, не разликује се од такве одговорности организатора јавне демонстрације, манифестације или природбе, с тим што одговорност за штету проузроковану услед јавних демонстрација, манифестација и природби, с обзиром на учесталост штета, прате и посебни режими одговорности.

2. Карактер и основ одговорности сазивача јавног скупа

Грађанскоправна одговорност сазивача јавног скупа за штету насталу услед његовог одржавања изазива извесне недоумице. Те недоумице односе се, најпре, на карактер такве одговорности, али су у још већој мери изражене при одређивању њеног основа.

2.1. Карактер одговорности

Грађанскоправна одговорност сазивача јавног скупа у нашем праву није добила своју јасну правну физиономију. Наиме, још увек није сасвим извесно да ли она произлази само из Законом о облигационим односима предвиђених општим правила одговорности или се, пак, ради и о неком посебном случају одговорности.

Закон о облигационим односима не отклања све недоумице о карактеру одговорности сазивача јавног скупа. Ипак, с обзиром на то да се не предвиђа као један од посебних случајева одговорности, одговорност сазивача јавног скупа за штету која је настала услед његовог одржавања процењује се према Законом о облигационим односима предвиђеним општим правилима одговорности. У том смислу је и ранијим Законом о јавним окупљањима грађана СР Србије било предвиђено да је сазивач јавног скупа дужан да надокнади штету, уколико до ње дође, „по општим правилима о накнади штете“.¹⁴

14 Чл. 16. Закона о јавним окупљањима грађана.

Међутим, формулација законске одредбе о одговорности организатора приредбе (чл. 181 ЗОО) може послужити као ослонац и за један другачији закључак. Та одредба омогућује да се тим посебним случајем одговорности обухвати сваки „организатор окупљања већег броја људи“, тако да поједини аутори сматрају да је сазивач јавног скупа одговоран за насталу штету и по том посебном правилу одговорности.¹⁵

Такво становиште није сасвим прихватљиво и може се оспорити, најпре, тврдњом да није у складу са насловом „одговорност организатора приредбе“ изнад члана 181 ЗОО, којим је веома јасно ограничен домашај такве одговорности. Наиме, мало је вероватно да је у том наслову направљена редакцијска грешка и да законодавац није био свестан правога значења које има појам „јавна приредба“. Право значење тог појма он је сигурно имао у виду па је, управо, због комерцијалног ефекта који је својствен јавним приредбама, само њиховог организатора, коме припада део тог комерцијалног ефекта, изложио посебној грађанскоправној одговорности. С друге стране, пошто тај комерцијални ефекат није својствен осталим облицима окупљања људи, њихови организатори се не могу подвести под одговорност организатора приредби. Уосталом, у случају штета проузрокованих јавним демонстрацијама и манифестацијама оштећена лица нису ни заинтересована да захтевају накнаду штете од њиховог организатора, с обзиром на то да им је, према посебној одговорности услед терористичких аката, јавних демонстрација или манифестација, за такву штету одговорна и држава,¹⁶ која је неупоредиво солвентнији дужник. Уз то, за разлику од организатора приредби, који одговара само за штету насталу смрћу или телесном повредом, држава одговара и за штету насталу уништењем или оштећењем имовине физичких лица.¹⁷

Према томе, грађанскоправна одговорност сазивача јавног скупа, уопште не представља неки посебан случај одговорности. На против, ради се о његовој редовној одговорности за проузроковану штету која произлази из Законом о облигационим односима предвиђених општих правила одговорности.

15 Владан Станковић, Коментар Закона о облигационим односима, књига прва, редактори: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, Горњи Милановац, Крагујевац, 1980, стр. 539.

16 В.чл. 180, ст. 1. ЗОО.

17 Чл. 180, ст. 1. ЗОО.

2.2. Основ одговорности

У већини савремених правних система не постоји један, већ више различитих основа одговорности, при чему сваки од њих има своје посебно поље примене. Кривица се најчешће предвиђа као један од основа одговорности.¹⁸ Међутим, поред одговорности по основу кривице у скоро свим правним системима је присутна и одговорност која постоји без обзира на кривицу. У нашем праву се таква одговорност претежно испољава у виду одговорности за штету од опасних ствари и опасних делатности,¹⁹ чији основ представља створени, контролисани или одржавани ризик или узрочност. Поред тога, одговара се, без обзира на кривицу и у другим случајевима предвиђеним законом.²⁰ С обзиром да одговорност сазивача јавног скупа није посебно уређена, питање основа његове одговорности решава се у зависности од тога да ли се њихова активност сматра опасном делатношћу којом се они баве или се, пак, таквој њиховој активности одриче карактер опасне делатности.

Свака концентрација већег броја људи на одређеном простору ствара могућност наступања различитих штетних последица. С обзиром на учесталост тих штетних последица, уопште није спорно да јавни скупови, посебно јавне демонстрације и манифестације, стварају повећану опасност не само за окупљене људе, већ и за њихову околину. Оне се не могу сматрати опасним стварима,²¹ али се поставља питање да ли представљају опасне делатности лица које их је сазвало или организовало.

У нашој ранијој судској пракси истицало се да маса људи окупљена на одређеном простору „сама собом ствара једну повишену опасност за појединце из масе или за околину“, тако да је организатор окупљања те масе људи одговарао за штету коју је она проузроковала објективно, тј. без обзира на кривицу.²² Иако се у судским одлукама то изричито није наводило, организовање окупљања већег броја људи се поистовећивало са опасном делатношћу у смислу правила о одговорности за опасне ствари

18 Чл. 154, ст. 1. 300.

19 Чл. 154, ст. 2. 300.

20 Чл. 154, ст. 3. 300.

21 Драган Костић, Појам опасне ствари, Београд, 1975, стр. 127.

22 Пресуда Врховног суда НР Србије Гж. 1735/75 од 13. јуна 1957. године, Збирка судских одлука, књига II, свеска 2, одлука бр. 374.

и опасне делатности.²³ Такво њихово поистовећивање било је подржано и присутно и у правној теорији.²⁴

Становиште о организовању окупљања већег броја људи као опасној делатности настало је као израз тежње креативне судске праксе да изнађе могућност да се обештете лица која су оштећена у једној специфичној ситуацији. Таква тежња била је и остала сасвим оправдана, али се из чињенице да окупљени људи представљају повећану опасност не може аутоматски извести закључак да се сазивач или организатор окупљања бави опасном делатношћу. Такав третман активности сазивача или организатора окупљања већег броја људи не може се прихватити првенствено због тога што је сваки од учесника окупљања потпуно самосталан и слободно одлучује о свом учешћу у окупљању, јер се не налази у служби организатора, нити под његовом непосредном контролом. Ако се томе дода и податак да својеволјним учешћем сваки од учесника окупљања даје и свој допринос стварању повећане опасности, онда заиста не изгледа логично да се сазивање и организовање окупљања већег броја људи сматра опасном делатношћу којом се бави и коју ствара само сазивач или организатор тог окупљања.

После доношења Закона о облигационим односима отклоњене су дилеме које су постојале у односу на карактер делатности организатора окупљања већег броја људи. Таква делатност се не сматра опасном делатношћу у смислу правила о одговорности за штету од опасних ствари или опасних делатности, већ се, у случају кад се ради о организатору приредбе, она предвиђа као један специфичан узрок штете који повлачи одговорност организатора приредбе према посебном правилу одговорности. У том смислу се и у правној теорији изричито наводи да Закон о облигационим односима не стоји на становишту да су приредбе саме по себи опасне делатности иако се додаје да се и такво становиште може основано бранити.²⁵

23 У том смислу, поред организатора окупљања која су имала карактер приредби, обавезивани су на накнаду штете и филмско предузеће које је организовало снимање масовне сцене (Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1619/63 од 12. новембра 1963. године, Збирка судских одлука, књига VIII, свеска 3, одлука бр. 327), као и друштвено-политичка заједница која је организовала вежбу територијалне одбране (Пресуда Врховног суда Хрватске Гж. 3920/77 од 15. октобар 1977. године, Преглед судске праксе, бр. 14, Наша законитост, Загреб, 1978, стр. 20).

24 Драган Костић, Грађанскоправна одговорност спортиста и спортских организација, Београд, 1976, стр. 104.

25 Бранко Јакаша, Неколико питања темеља извануговорне одговорности у Закону о обезним односима, Наша законитост, бр. 6/1979, стр. 87.

Према томе, с обзиром да сазивање и организовање јавног скупа не представља опасну делатност његовог сазивача и организатора у смислу правила о одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности, остаје само кривица као могући основ одговорности сазивача или организатора јавног скупа за штету која је услед његовог одржавања настала.²⁶ Она се као основ његове одговорности ни у правној теорији уопште не доводи у питање,²⁷ јер у односу на тако проузроковану штету ни једном законском одредбом није искључена примена правила о одговорности по основу кривице.²⁸

3. Облици одговорности сазивача јавног скупа

С обзиром на то да свака концентрација већег броја људи на одређеном простору ствара повећану опасност за наступање различитих штетних последица, слобода јавног окупљања ни у једном правном систему није неограничена. Напротив, у скоро свим правним системима присутна су извесна ограничења те слободе која се најчешће испољавају кроз различите обавезе које се намећу организаторима окупљања.

Обавезе организатора у вези са одржавањем јавних скупова усмерене су, углавном, на омогућавање њиховог нормалног одржавања, односно на спречевање или смањивање на најмању могућу меру могућности наступања различитих штетних последица. Због тога се штете које су проузроковане приликом одржавања јавних скупова приписују не само непосредним штетницима, већ и њиховим сазивачима који су, пре свега, својим нечињењем, односно неизвршавањем или повредом неке од обавеза које имају у вези са њиховим одржавањем и организовањем, и сами допринели настанку штете. Али, могућа је и штета коју сазивач и учесник јавног скупа проузрокују заједно, тј. тако што и сазивач активно, тј. чињењем, учествује у проузроковању штете.

Одговорност сазивача јавног скупа, с обзиром да је заснована на кривици, претпоставља, најпре, постојање штете и узрочне везе између настале штете и понашања сазивача јавног скупа. Штета за коју сазивач одговара, начелно, није ограничена, тако да долази у обзир сваки облик штете који

26 У правној теорији се наводи (Костић, 1976, 104; Томић, 1982, 131) да у случају кад оштећење није последица деловања окупљених људи, већ се јавља као последица својстава или положаја објекта на којем се одржава приредба, организатор приредбе или власник објекта одговарају и по правилима одговорности за штету од опасне ствари или оипасне делатности.

27 Бранко Јакаша, *op.cit.*, стр. 87; Зоран Томић, *op.cit.*, стр. 131.

28 Бранко Јакаша, *ibid.*

је правно признат, с тим што постојање штете доказује оштећени. С друге стране, питање узрочне везе је нешто сложеније, јер се најчешће ради о штети коју сазивач проузрокује нечињењем. Да би се то нечињење могло сматрати узроком штете оштећени треба да докаже да је сазивач био дужан да предузимањем одговарајућих мера штету од оштећеног отклони,²⁹ с тим што се такве мере редовно прописују законима који уређују окупљање грађана. Уз то, захтева се и да оштећени докаже да је сазивач, у датој ситуацији и при објективно потребној пажњи, био у могућности да одговарајућим чињењем штету спречи или барем умањи.³⁰ Код такве процене ради се, у ствари, о претпостављеној узрочној вези, јер се поставља питање које последице не би наступиле да је сазивач пропуштenu меру предузео, односно да ли би предузимање пропуштених мера спречило наступање штетних последица.³¹ У сваком случају, сагласно владајућој теорији адекватне узрочности, не узимају се у обзир последице које нису адекватне. Поред штете и узрочне везе, за одговорност сазивача неопходна је и његова кривица за коју, као услов такве његове одговорности, уопште није спорно да се претпоставља.³²

Иначе, у зависности од обавеза које је организатор јавне демонстрације или манифестације прекршио, његова грађанскоправна одговорност долази до изражаја како у случају неовлашћеног организовања јавног скупа, тако и у случају непредузимања одговарајућих заштитних мера.³³ Уз то, сазивач може и својом активном радњом, тј. чињењем да учествује у проузроковању штете.

3.1. Одговорност сазивача због неовлашћеног одржавања јавног скупа

У упоредном праву су, у погледу могућности за организовање јавне демонстрације или манифестације, присутна два различита система. Према систему одобрења (дозволе), јавни скуп се може одржати тек пошто се претходно прибави одобрење или дозвола надлежног органа. Насупрот томе, према систему пријаве, за одржавање јавног скупа довољна је само пријава њеног сазивача.

У Уставу Републике Србије се прописује да „окупљање у затвореном простору не подлеже одобрењу ни пријављивању“, док се „зборови, демонстра-

29 Јаков Раишић, *op. cit.*, стр. 232.

30 *Ibid*, стр. 233.

31 *Ibid*.

32 Чл. 154, ст. 1. 300.

33 Бранко Јакаша, *op. cit.*, стр. 87; Зоран Томић, *op. cit.*, стр. 131.

ције и друга окупљања грађана на отвореном простору пријављују (се) државном органу у складу са законом“.³⁴ То значи да је само за окупљања грађана на отвореном простору усвојен систем пријаве, тако да је за одржавање збора, демонстрације или другог окупљања грађана на отвореном простору довољна пријава надлежном органу, за коју се обично тражи да садржи одређене податке. Уколико надлежни орган не забрани одржавање пријављеног јавног скупа, односно ако не упозори његовог сазивача да прекине јавни скуп која је у току, сматраће се да је организатор овлашћено приступио њеном организовању. Насупрот томе, организатор неовлашћено приступа одржавању јавног скупа како у случају кад он уопште није пријављен, тако и у случају кад се он организује противно изреченој забрани његовог одржавања, односно кад се одржавање јавног скупа који је у току не прекине на захтев надлежног органа.

У случају неовлашћеног одржавања јавног скупа допринос њеног сазивача настанку штете, односно узрочна веза између неовлашћеног сазивача и одржавања јавног скупа и настале штете је евидентна. Та узрочна веза се огледа у томе што се сазивач јавног скупа на недозвољен начин експонира у правцу проузроковања штете. Наиме, сазивачем и одржавањем јавног скупа који није пријављен сазивач даје очигледан допринос настанку штете не само тиме што на противправан начин иницира појаву узрока без којег штета не би настала, већ и тако што онемогућује надлежни орган да благовремено оцени испуњеност услова за одржавање јавног скупа и да, евентуалном забраном његовог одржавања или предузимањем одговарајућих заштитних мера, спречи наступање штетних последица. Поред тога, допринос сазивача настанку штете је неспоран и у случају кад је јавни скуп био забрањен, односно кад је сазивач био упозорен да прекине његово одржавање, јер је и у том случају очигледно да без његове противправне активности не би било ни јавног скупа, ни штетних последица које су настале услед њеног одржавања. У свим наведеним случајевима у питању је **тзв. збирни каузалитет**,³⁵ јер је штета резултат два узрока (понашања сазивача и радњи непосредних штетника), који делују независно један од другог, при чему ниједан од њих понаособ не би био у стању да изазове укупну штету. Код одговорности за тако проузроковану штету правило је да свако од одговорних лица одговара само за свој удео у штети.³⁶ Сматра се да у том случају сазивач и непосредни штетници немају својство лица која су заједнички проузроковала штету, јер за то недостаје тзв. заједнич-

34 Чл. 54, ст. 1. и 2. Устава Републике Србије.

35 Јаков Радишић, *op. cit.*, стр. 233.

36 *Ibid.*

ки умишљај.³⁷ Али ако се појединачни удели тих лица не могу утврдити, њихова је одговорност солидарна.³⁸

Кривица организатора неовлашћено организованог јавног скупа уопште није спорна, јер се узима да он зна или мора знати да је за сазивање јавног скупа неопходна пријава надлежном органу. С обзиром на то, непријављивање јавног скупа представља понашање које одступа од прописаног и уобичајеног понашања које се очекује од сваког пажљивог сазивача јавног скупа, односно његову очигледну кривицу. Она је нарочито изражена у случају јавног скупа чије је одржавање било забрањено или је сазивачу било наложено да га прекине, јер у том случају ради о понашању које одступа и од понашања које се очекује од сваког иоле пажљивог сазивача јавног скупа.

3.2. Одговорност сазивача због непредузимања заштитних мера

Иако, по правилу, „послове заштите личне и имовинске сигурности учесника јавног скупа и других грађана, одржавање јавног реда и мира, безбедности саобраћаја и друге послове који се односе на обезбеђивање јавног скупа, обавља Министарство унутрашњих послова“,³⁹ и од сазивача јавног скупа се редовно очекује да води рачуна не само о личној и имовинској сигурности његових учесника, већ и о личној и имовинској сигурности осталих грађана. Због тога се сазивач редовно обавезује да одговарајућом организацијом, редарском службом и другим заштитним мерама обезбеди одржавање реда у току трајања јавног скупа. Таква обавеза сазивача јавног скупа није била изричито предвиђена Законом о окупљању грађана, али је недвосмислено произлазила из његове одредбе којом се предвиђало да је „за одржавање реда на јавном скупу одговоран његов сазивач“.⁴⁰

Сазивач јавног скупа који није предузео никакве заштитне мере својим нечињењем и сам даје допринос настанку штете, при чему се и овде ради о тзв. збирном каузалитету, јер је штета резултат понашања сазивача јавног скупа и радњи непосредних штетника, при чему сазивач и непосредни штетници одговарају према својим уделитема у штети.⁴¹ Али ако се њихови

37 Љиљана Обрадовић-Бегић, Одговорност за штету проузроковану од стране више лица, Београд, 1983, стр. 53.

38 Чл. 206. ст. 3. ЗОУ.

39 Чл. 5, ст. 2. Закона о окупљању грађана.

40 Чл. 5, ст. 1. Закона о окупљању грађана.

41 Јаков Радишић, *op. cit.*, стр. 233.

удели у проузрокованој штети не могу утврдити, njihova је одговорност солидарна.⁴²

Питање одговорности сазивача јавног скупа који је предузео извесне заштитне мере је много сложеније и решава се у зависности од карактера и домашаја обавезе предузимања заштитних мера. Од сазивача јавног скупа се не може очекивати да предузетим заштитним мерама обезбеди апсолутни ред и мир приликом његовог одржавања па, самим тим, ни апсолутну безбедност и сигурност људи и имовине. Таква његова обавеза била би неприхватљива не само због тога што је скоро неостварљива, него и зато што би представљала и веома озбиљно ограничење слободе окупљања. С обзиром на то, јасно је да се од сазивача може очекивати предузимање само оних заштитних мера које су „одговарајуће“, тј. које су неопходне ради елиминисања последица које је сазивач јавног скупа могао и морао предвидети као могуће последице њеног одржавања.

И док је карактер обавезе предузимања заштитних мера, углавном, сасвим изванредан, дилеме се јављају у вези са одређивањем домашаја те обавезе, односно у оцени да ли су предузете заштитне мере биле „одговарајуће“. То је веома сложено питање које ће судови решавати у зависности од околности конкретног случаја. Пошто у нашој судској пракси нису, којико је нама познато, забележени такви случајеви, сложеност тог проблема се најбоље може илустровати извесним случајевима у којима су немачки судови заузимали сасвим супротна становишта.

Тако је у случају „Begonien-Fall“ Земаљски суд у Хајделбергу својом одлуком од 19.08.1977. године обавезао организатора јавне демонстрације да надокнади штету за цвеће које је изгажено приликом њеног одржавања. Суд је стао на становиште да је организатор јавне демонстрације, као потенцијалног извора опасности, одговоран због тога што није предузео све потребне мере како би отклонио опасност, односно спречио наступање штете. Међутим, по жалби организатора, Виши земаљски суд Карлсруеа је заузео другачије становиште.⁴³ У образложењу своје одлуке он је стао на становиште да обавеза предузимања заштитних мера има одређене границе, тако да је организатор обавезан да предузима заштитне мере само у односу на штете које су у непосредној вези са опасношћу коју је створио, а које је могао и морао да предвиди. Полазећи од тога, Виши земаљски суд је стао на становиште да организатор није одговоран за изгажено и уништено цвеће, јер таква штета није неминовна и предвидљива

42 Чл. 206, ст. 3. 300.

43 Пресуда Вишег земаљског суда Карлсруеа бр. 10. У. 220/77 од 23.06. 1978, Kriminalistik, бр. 4/81, стр. 151.

последица одржане демонстрације коју је организатор, предузимањем одговарајућих заштитних мера, могао и морао да спречи.

Сасвим је другачије поступљено у случају у коме је федерална јединица Баден Виртенберг подигла тужбу против организаторке јавне демонстрације са немирним током за накнаду штете која је том приликом настала. Првостепени суд је одбио такав захтев, али је, по жалби тужиоца, Виши земаљски суд Карлсруеа преиначио првостепену одлуку и обавезао тужену организаторку јавне демонстрације да надокнади штету, образлажући такав свој став неизвршењем обавезе организаторке да отклони опасност коју јавна демонстрација као извор опасности, собом носи.⁴⁴ Организаторка јавне демонстрације је, према становишту Вишег земаљског суда, занемарила обавезу обезбеђења сигурности људи и њихове имовине, те је њена одговорност, сходно параг. 823. Грађанског законика, заснована на скривљеној повреди те обавезе.

У случају кад се утврди да предузете заштитне мере приликом одржавања јавног скупа нису биле одговарајуће, његов сазивач је одговоран за насталу штету исто као и сазивач који није предузео никакве заштитне мере.

3.3. Одговорност сазивача који је учествовао у проузроковању штете

Сазивач јавног скупа може у проузроковању штете да учествује и активно, тј. чињењем, с тим што његово учешће у самом проузроковању штете може бити непосредно и посредно. Непосредно учествује у проузроковању штете онај сазивач који штету проузрокује заједно са осталим штетницима, тј. као један од сапочиниоца. У том случају њихова је одговорност солидарна.⁴⁵ Уз то, солидарно је одговоран са непосредним штетницима и сазивач јавног скупа који је посредно учествовао у проузроковању штете, тј. као подсрекач или помагач непосредних штетника, или је помогао да се одговорна лица не открију.⁴⁶

4. Ослобођење од одговорности и регресна одговорност сазивача јавног скупа

Штету која се сматра последицом организовања и одржавања јавне демонстрације или манифестације најчешће непосредно проузрокује један или

44 Пресуда Вишег земаљског суда Карлсруеа бр. 10. У. 194/79 од 8.08.1980, Kriminalistik, бр. 4/81, стр. 151.

45 Чл. 206, ст. 1. 300.

46 Чл. 206, ст. 2. 300.

више њених учесника, мада се у улози штетника могу наћи и организатор, као и нека друга лица, као што су то припадници органа унутрашњих послова. Непосредни штетници, међутим, у највећем броју случајева остају непознати, тако да се у пракси веома ретко поставља питање њихове одговорности. Али, ако је непосредни штетник познат, онда је и он обавезан да надокнади насталу штету, осим ако докаже да је она настала без његове кривице.

Одговорност непосредног штетника не искључује одговорност организатора, као што ни одговорност организатора јавне демонстрације или манифестације не искључује одговорност непосредног штетника. Ни један од њих се не може ослободити своје одговорности с позивом на кривицу другог, јер се ради о лицима која су проузроковала штету радећи независно једно од другог.

Сазивач јавног скупа има и веома малу могућност да се ослободи одговорности обарајући претпоставку своје кривице, јер неовлашћено сазивање и одржавање јавног скупа, непредузимање одговарајућих заштитних мера, као и само чињење којим учествују у проузроковању штете, веома снажно индикују постојање њихове кривице.

Сазивач би, евентуално, могао да се ослободи одговорности само ако докаже да штета није настала као непосредна последица одржаног јавног скупа, већ као последица неког другог узрока, чије дејство он није могао да спречи, отклони или избегне. Тај непосредни узрок штете могао би бити неки догађај, као што је, на пример, удар грома, или радња неког лица, или терористички напад на учеснике јавног скупа. Међутим, треба имати у виду да се организатор јавне демонстрације или манифестације ослобађа одговорности само за непосредне штетне последице узрока који искључује његову одговорност, док за штетне последице које су настале касније, у нареду који је тим узроком изазван, одговара и организатор који је неовлашћено организовао јавни скуп односно који није предузео одговарајуће заштитне мере.

Сазивач јавног скупа може да се ослободи одговорности за штету и ако докаже да је она настала као последица радње самог оштећеног којом је он допринео да до штете дође или да она буде већа него што би иначе била.⁴⁷ Таква радња оштећеног, по правилу, доводи до смањења одговорности организатора јавног скупа. Међутим, у правној теорији се не искључује ни могућност њеног потпуног искључења,⁴⁸ које би могло бити оправдано

47 Чл. 192. ст. 1. 300.

48 Марија Тороман, Коментар Закона о облигационим односима, књига I, редактори: Борислав Благојевић, Врлета Круљ, Београд, 1980, стр. 522.

само у односу на оштећеног који је својом радњом искључиво допринео да до штете дође.

У односу на штете које су проузроковане приликом јавних демонстрација или манифестација, као посебних облика јавних скупова, логично је очекивати да ће се оштећена лица позивати на посебну одговорност услед терористичких аката, јавних демонстрација, или манифестација,⁴⁹ према којој им за такву штету држава одговара објективно, тј. без обзира на кривицу. Али, законом се изричито прописује да држава има право и обавезу да захтева накнаду исплаћеног износа од лица које је штету проузроковало,⁵⁰ тј. од непосредних штетника и сазивача јавног скупа, наравно под условом да су они за нестали штету одговорни.

5. Закључак

Одговорност сазивача јавног скупа за штету проузроковану његовим сазивањем и одржавањем, сасвим је логична последица његових противправних поступака како у виду нечињења, тако и у виду чињења, али и сасвим адекватан пандан његовој прекршајној одговорности. То није никакав посебан случај одговорности, већ одговорност која подлеже општим правилима одговорности по основу претпостављене кривице.

Питање узрочне везе, као сталног услова одговорности, које је, код одговорности сазивача јавног скупа најспорније, разрешава се према теорији тзв. збирног каузалитета, према којој се узроком сматрају не само радња непосредних штетника, већ и понашање сазивача јавног скупа, што теоријски повлачи њихову подељену, а у практичној примени најчешће доводи до њихове солидарне одговорности.

У конкуренцији између одговорности сазивача и непосредних штетника, с једне стране, и одговорности државе за штету проузроковану приликом јавних демонстрација и манифестација, с друге стране, оштећени ће редовно одштетне захтеве усмеравати према држави, али ће ова имати регресно право према непосредним штетницима и сазивачу јавног скупа, уколико су они за насталу штету одговорни.

49 Чл. 180, ст. 1. 300.

50 Чл. 180, ст. 3. 300.

Prof. Đorđe L. Nikolić

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

CIVIL LIABILITY OF THE ORGANIZER OF A PUBLIC EVENT

Summary

The paper discusses the civil liability of the organizer of a public event, a subject matter which has been rather neglected in Serbian legal theory, except within the framework of some specific cases of liability. The national courts case law on this subject matter is also quite scarce. The Constitutional Court of Serbia has contributed to the overall uncertainty by its decision to quash the Assembly Act. Considering the difficulties and limitations, the paper focuses on the basic problems and possible solutions. The paper is based on the view that the liability of the organizer of a public event does not fall within the scope of a specific cases of liability given that this matter is governed by the general liability rules (based on fault). In that context, the author analyses the nature and the legal grounds of civil liability of the organizers of a public event, forms of liability, conditions for establishing liability with specific reference to the aggregate causality, exemption from liability, and the organizer's regressive (redress) liability.

The issue of causation, as the most complicated one, can be solved by applying the "aggregated causes" theory, under which the cause of damage is not only the direct action but also the indirect behavior of the organizer of a public event. Thus, the doctrine suggests a several liability, but in practice it is often the case of joint liability. Having a choice to file a claim against the organizer and the person directly responsible (on the one hand) or to pursue the special liability of the State for damage caused by public demonstrations or events (on the other hand), the injured party is entitled to file a claim against the State; in turn, the State is entitled to file a direct redress claim against the organizer and the person(s) directly responsible, if they are accountable for the damage.

Keywords: *civil liability, public events, organizer, public assembly, aggregate causality, redress liability, public events.*

Др Марина Димитријевић,

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОСНОВЕ ПРОГРАМСКОГ БУЏЕТИРАЊА

Апстракт: У раду се разматра програмско буџетирање, као напредни модел буџетског планирања, тј. његове основе. Аутор, у почетном делу рада, указује на значење, етапе и пожељна обележја програмског буџетирања и, истовремено, врши поређење програмског буџетирања са другим моделима буџетског планирања (традиционалним линијским буџетирањем, буџетирањем нулте базе и буџетирањем према учинцима). У наставку рада детаљније су анализирани разлози увођења програмског буџетирања, чији се „извор“ налази, пре свега, у потреби, јасно израженој у великом броју земаља, да се приступ управљања јавним финансијама осавремени. Будући да је, по својој природи, имплементирање програмског буџетирања комплексно и да се сусреће са бројним изазовима њима је, у завршном делу рада, посвећена посебна пажња.

Кључне речи: јавне финансије; управљање јавним расходима; планирање буџета; програмско буџетирање.

1. Увод

Значајан пораст јавних расхода, праћен већим пореским оптерећењем обвезника и не малим нивоом задужености савремених држава, намеће захтев да се приступи другачијем начину планирања (и контроле) јавних расхода како би се постигли што бољи учинци у јавном сектору.¹ Потреба да се краткорочно буџетско планирање повеже се вишегодишњим

1 Економичност, ефикасност и ефективност (три „Е“) најбоље показују учинке у јавном сектору. Економичност (*economy*) означава да се потребна финансијска средства прибаве и користе са што мање трошкова. Ефикасност (*efficiency*) изражава ниво издатака по јединици расхода. Ефективност (*effectiveness*) представља резултат који је постигнут коришћењем расположивих средстава, односно повећано благостање конкретном јавном услугом. За потребе мерења резултата у јавном сектору и управљању јавним сектором додаје се још једно слово „Е“ – *equity* (правичност). Правичност се односи на

финансијским планирањем нашла је свој исход у појави нових метода (модела, методологија) буџетског планирања као што су: ППБ систем – систем планирања, програмирања и буџетирања који представља рану форму програмског буџетирања; буџетирање од нуле; буџетирање према учинцима. У принципу, применом напреднијих метода буџетирања пажња се усмерава са категорије трошкова, који настају у процесу обављања одређених јавних делатности, на резултате и исходе ради којих ти трошкови и настају.²

2. Програмско буџетирање и његово значење

Програмско буџетирање (*program budgeting*) представља буџетирање по програмској (буџетско рачуноводственој) класификацији којом се приказују циљеви, очекивани резултати, активности и средства потребна за остваривање циљева. Реч је о успостављању новог (транспарентнијег) начина планирања и расподеле буџетских средстава тако да се, с једне стране, уводи јасна веза између политика власти, односно програма које спроводи, циљева тих програма и очекиваних резултата и, с друге стране, средстава потребних за њихову реализацију. Програмским буџетирањем се, заправо, остварује заокрет у односу на традиционални буџет планиран по ставкама – линијски начин приказивања буџета (*line-item budgeting*). Наиме, линијско буџетирање је начин планирања буџета у којем се расходи класификују на основу одређених категорија јавних расхода (расходи за запослене, материјални расходи, финансијски расходи и сл.), а унутар сваке категорије расхода детаљније су наведене ставке расхода (расходи за зараде, расходи за службена путовања, расходи за телефонске услуге и др.). Пажња је усмерена на укупан износ средстава, односно на расходе распоређене према економској класификацији трошења јавних средстава тако да овај начин планирања буџета не даје одговоре на питања које су се све врсте активности финансирале буџетским средствима и какви су резултати њиховог утрошка.³ Обратном, у програмском буџету

осигурање услова свим корисницима јавних услуга с једнаким потребама да имају једнак приступ јавним услугама одговарајућег нивоа квалитета.

2 Промене у процесу буџетирања део су стратегије реформе јавног сектора са циљем побољшања његовог квалитета у смислу веће одговорности, дисциплине и корисности ефеката буџетских мера. На овим буџетским променама посебно инсистирају међународне финансијске организације јер захтевају јасну слику финансијског стања слабије развијених земаља, са високо задуженим економијама. Видети: Милева Анђелковић, Буџетско право, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2010, стр. 113-114.

3 Dubravka Jurlina Alibegović, Strateško planiranje i programski proračun: put do razvojnih rezultata na lokalnoj i regionalnoj razini?, Hrvatska javna uprava, br. 2/2007, str. 403.

финансијска средства су алоцирана по програмима (планираним резултатима), тако да је могуће видети колико се средстава за шта троши. Тиме се тежи остварити позитиван утицај на повећање одговорности државних институција (организација јавног сектора)⁴ и транспарентност буџетирања (законитост и сврсисходност јавних расхода). Успешнијим управљањем јавним расходима задире се у срж проблема јавних финансија и адекватније се одговара на све гласније захтеве грађана да модалитети трошења новца пореских обвезника јавном мњењу треба да буду јасно презентовани.

Програмско буџетирање, дакле, подразумева постојање конкретних програма за које су у буџету одвојене одређене суме новца. Усмеравање средстава се врши на решавање јасно идентификованих проблема, чиме је креаторима владине политике омогућено успостављање адекватнијег односа између тражених ресурса, стратегија, програма и резултата у одређеној области, финансираној из буџета. Планирање, односно очекивање резултата и праћење онога што је, у претходним периодима, остварено са одобреним и искоришћеним средствима, налази се у фокусу оваквог процеса буџетског планирања.⁵

Начин на који се израђују и анализирају финансијски планови буџетских корисника⁶, програмским буџетом се битно унапређује. Уз то, проналазе се и адекватнији начини за решавање манифестованих проблема с обзиром да се међу буџетским корисницима, који траже финансијска средства из буџета за своје програме, ствара својеврсна конкуренција. Буџетски захтеви ресорних министарстава према министарству финансија, код програмског буџетирања, праћени су и информацијама о учинцима програма тог министарства као и, када је то могуће, намераваним учинцима у будућем периоду.

4 Организације (субјекти) јавног сектора које се финансирају из пореских (дажбинских) прихода немају тржишну дисциплину и нису увек, у потребној мери, окренуте према корисницима својих услуга и њиховим потребама. Политичка одговорност кроз процес избора обично није довољна да обезбеди да организације јавног сектора буду усмерене на резултате које остварују.

5 Бранко Тешановић, Радан Костић, Даниел Панић, Програмски буџет и менаџмент јавним финансијама, Војно дело, зима 2011, стр. 315.

6 Финансијски планови буџетских корисника, поред обима предвиђених финансијских средстава, треба да садрже описе активности, циљева, очекиваних резултата и изворе потврђивања (верификације) програма, организациону структуру, задужења и лица одговорна за реализацију програмских активности, временске оквира (рокове) за реализацију активности, разјашњења понуђених решења итд. Тиме се постојање буџетских корисника доводи у везу са њиховим делокругом рада.

Три етапе одликују систем планирања, програмирања и буџетирања (*planning-programing-budgeting system*),⁷ као рани облик програмског буџетирања: етапа планирања, етапа програмирања и етапа буџетирања. У етапи планирања се утврђује листа потреба и приоритета и дефинишу циљеви који треба да се остваре у вишегодишњем периоду. Дефинисање активности и њихово груписање у програме (пројекте),⁸ који ће бити реализовани, чини етапу програмирања. Етапа буџетирања је оперативног карактера будући да интегрише расположива финансијска средства са циљевима и активностима ради изналажења најбољих решења. Заправо, у етапи буџетирања се расположива финансијска средства распоређују у складу са дефинисаним програмима.

Програмско буџетирање би требало да буде кредибилно, базирано на одговарајућим политикама владе, предвидиво, транспарентно и подложно контроли.⁹ Квалитет програма је, такође, важан. Програми се дефинишу по свом називу, који треба да буде кратак и информативан, и свеобухватном циљу.¹⁰ Они треба да пружају јасну везу између трошкова (*costs*) и користи (*benefits*), омогуће, у што већој мери, поделу одговорности између субјеката који управљају програмом и сл. Другим речима, програм, који се из буџета финансира, треба да постане кључни носилац информација и инструмент управљања у систему вршења јавне власти. Њиме треба да се интегришу различити елементи у циљу формирања јединственог управљачког система који ће, посебно у процесу припреме и планирања

7 У финансијској литератури се наводе следећи циљеви ППБ система: тачно одредити државне циљеве; државне активности прилагодити тим циљевима израдом прикладних програма; давати информације о томе како се данас улажу ресурси, да ли ће и у којој мери бити остварени задати циљеви; развијати алтернативна решења и испитивати које је од њих најефективније (*cost-benefit* анализа); системско испитивање планова и програма с обзиром на нова кретања, анализе итд. Видети: Dieter Brümmerhoff, *Javne financije*, МАТЕ, Zagreb, 2000, str. 148.

8 Код програмског буџетирања носилац трошкова су, управо, буџетски програми и пројекти. На њих се врши алоцирање активности и средстава ради реализације конкретног циља у стварности.

9 О овој проблематици видети детаљније: *Public Financial Management: Performance Measurement Framework*, World Bank, Washington DC, PEFA Secretariat, June 2005, p. 2.

10 Преко назива програма, који је добро формулисан, могуће је политичком руководству, парламенту и јавном мњењу, објаснити чиме се програм бави. Јасно дефинисање свеобухватног програмског циља важно је и због јасноће дефиниције програма и стварања оквира за извођење показатеља и намераваних циљева програмског учинка. Циљеви програма разјашњавају исход који програм као целина тежи да оствари, као и друге особине програма (нпр. корисничка циљна група). Видети: Marc Robinson, *Planiranje budžeta prema učinku*, CLEAR, Regional Centers for Learning on Evaluation and Results, jul 2011, стр. 57.

буџета, омогућити:¹¹ јасно утврђивање и исказивање циљева рада јавне власти; идентификовање алтернативних начина постизања циљева у пракси вршењем различитих облика активности буџетских корисника; детерминисање трошкова и користи за свако алтернативно решење појединачно; селекцију алтернатива по принципу максималне нето вредности или нето друштвене користи буџетског програма.

Често се, у пракси, програмско буџетирање изједначавања са буџетирањем према учинцима (*performance budgeting*), што није сасвим тачно.¹² Буџетирање према учинцима значи да се финансијска средства за наредну годину распоређују искључиво на основу постигнутих резултата из претходних година. Заправо, финансирање субјеката (организација) јавног сектора се повезује са резултатима које они остварују. Систематичне информације о учинку (показатељи, евалуације, цене програма итд.) се користе за успостављање ове везе. Програмско буџетирање не мора да буде засновано на учинку, али информације о прошлом или очекиваном учинку појединих програма један су од фактора одлучивања о томе колико средстава (новца) ће нечему бити додељено.¹³ Примена програмског буџетирања је могућа и када постоји извесна несигурност између резултата и финансирања, управо због тога што оно „лабаво“ повезује финансирање са резултатима (учинцима). Пракса показује да се, стога, програмско буџетирање примењује само као база за планирање буџета према учинцима.

Треба нагласити да успостављање програмског буџетирања (програмског буџета) и буџетирања према учинцима (индикатора перформанси) јесте највиши стадијум развоја буџетског процеса (система), који захтева

11 Saša Kristić, Programski budžet – naredni korak u razvoju budžetskog sistema Srbije, Makroekonomske analize i trendovi (MAT), br. 215, septembar 2015, str. 36.

12 Програмско буџетирање (програмски буџет) је, пракса показује, претходница буџетирања према учинцима. Шире посматрано, развој и унапређење буџетског процеса је потребно организовати у оквиру логичког хијерархијског редоследа – успостављање ефикасног буџетског процеса на годишњем нивоу и његово поштовање у току календарске године, постепен прелаз на средњорочне буџете у циљу повећања фискалне предвидивости, развој програмске структуре буџета и, коначно, успостављање буџета према учинцима (на основу индикатора перформанси). Прескакање неке фазе развоја буџетског процеса праћено је великим ризицима и опасностима од одсуства жељених исхода. Видети: Буџетски процес у Републици Србији: Недојаци и препоруке, Република Србија, Фискални савет, Београд, 2014, стр. 2.

13 Dušan Vujović, Studija o delotvornom korišćenju indikatora performansi u procesu izrade budžeta i planova u javnom sektoru: Kreiranje indikatora performansi u cilju unapredjenja učinka programskih budžeta u Srbiji, USAID projekat za bolje uslove poslovanja, april 2012, str. 24.

успешно испуњавање бројних предуслова и не може се пожуривати. Реч је о процесу у две фазе: 1) потребно је, најпре, развити адекватну програмску структуру и успешно је имплементирати; 2) ову програмску структуру, затим, треба искористити за мерење перформанси и захтевање одговорности код надлежних буџетских корисника. Обе фазе се временски поступно имплементирају (обе траже не кратак временски период).¹⁴

Програмско буџетирање је потребно разликовати и од буџетирања од нуле – буџетирања нулте базе (*zero-base budgeting*). Ова метода, у суштини, подразумева једнак третман и истовремену расправу о свим буџетским расходима, како о оним из претходне године тако и о новим програмима расхода.¹⁵ Редовно годишње преиспитивање опортуности постојања одређених врста јавних расхода и њихове висине предност је ове методе. Истовремено, то је и њен недостатак, јер се сваке године практично расправљају питања приоритета у финансирању јавних расхода а, мора се признати, да је практично немогуће да се свеобухватно прегледају сви расходи сваке године. Да не би дошло до неизвесности у подмиривању традиционалних јавних потреба (расхода), када је о њима реч, метода буџетирања од нуле се ређе користи. Њена примена се, првенствено, показује успешном у сегменту одређивања расхода нових програма.¹⁶

Крајем 1970-их година, у Сједињеним Америчким Државама, појавила се још једна метода буџетирања названа *sunset legislation*. Према овој методи сви програми морају имати ограничени животни век (временски период у коме се финансирају). Када истекне тај период, мора се спровести поновно испитивање а програми се могу наново прихватити само ако се покажу као делотворни. Интенција је да се, на овај начин, спречи преписивање

14 У околностима када програмски буџет добро функционише, буџетирање према учинцима подразумева испуњење додатних услова: 1) руководиоци треба да постану одговорни за резултате трошења средстава на нивоу појединачних програма (то изискује потребу да се руководиоцима омогући већа слобода у трошењу средстава што води већој децентрализацији буџетског процеса); 2) пренос већег степена одговорности на буџетске кориснике захтева гаранције у погледу квалитета њихове интерне ревизије, као и њихових могућности да врше прецизне пројекције, реалистично буџетирају, адекватно процењују трошкове програма и ефикасно их извршавају: Видети: Jack Diamond, Добра пракса редоследа реформи управљања јавним средствима, ПЕФА, 2013, стр. 22-24.

15 Буџетирање од нуле је, пре свега, уведено како би се избегле ригидности које собом доноси тзв. „инкрементализам“ (*incrementalism*) у коме стечена права битно ограничавају простор за управљање буџетом у складу са учинцима (перформансама), стратешким циљевима и краткорочним макроекономским ограничењима.

16 Andraš Vigvari, Božidar Raičević, Zvonko Brnjas, Osnovi teorije državnog budžeta i finansijski poslovi samouprava, Evropski pokret u Srbiji, Beograd, 2003, str. 83.

буџета из године у годину и повећа способност прилагођавања државног планирања промењеним условима (околностима).¹⁷

3. Разлози увођења програмског буџетирања

Програмско буџетирање је настало као „одраз“ модерног приступа управљања јавним финансијама,¹⁸ односно захтева да се побољша фискална дисциплина, унапреди контрола токова државног новца и појача одговорност у финансијском извештавању. Приказивању утрошка буџетских средстава преко програма, односно активности и пројеката, чијим се остваривањем достижу задати циљеви како је, у претходном делу рада и истакнуто, обезбеђена је централна позиција у програмском буџетирању. Динамичка, тј. циклична природа програмског буџетирања огледа се у сталном надзору над спровођењем програма, контроли успешности у постизању планираних циљева програма, корекцији у оквиру једног циклуса, захваљујући чему се одступања од планова и циљева програма континуирано коригују. Очекивање је да програмско буџетирање унапреди легитимност јавне потрошње и допринесе рационалном трошењу буџетских средстава.¹⁹ Наиме, у условима примене једногодишњег буџета, захтев за рационалношћу и ефикасношћу јавних расхода се често не уважава јер корисници буџетских средстава теже да сва одобрена средства утроше у текућој години (не ретко је то трошење нерационално и непотребно), како би се избегло њихово смањивање у наредној години. Програмско буџетирање, управо, треба да ојача одговорност и контролу у свим фазама буџетског циклуса будући да представља операционализацију процеса стратегијског планирања, тј. распоређивање неопходних ресурса на остварење конкретних циљева. Другим речима, краткорочни приоритети и циљеви треба да буду у сагласју са средњорочним циљевима, односно засновани и усаглашени са дугорочном стратегијом развоја једног друштва. Наведено треба

17 Dieter Brümmerhoff, *op. cit.* str. 151.

18 Модеран приступ управљању јавним финансијама обликован је под директним утицајем идеја *New public management-a* („Новог јавног управљања“). Реч је о менаџерској филозофији коју, од осамдесетих година прошлог века, почињу да примењују владе капиталистичких држава у циљу унапређења јавног сектора и побољшања његове успешности. Термин „Ново јавно управљање“ се користи да опише културу управљања (менаџерску културу) која истиче централну улогу грађана, као корисника јавних услуга, и одговорност за резултате (учинке) у јавном сектору. Видети: Jovan Gorčić, *New Public Management i upravljanje fiskalnim rizicima*, Evropski centar za mir i razvoj (ECPD), Univerzitet za mir UN, Beograd, 2013, str. 37.

19 Програмски буџет, захваљујући својој прегледности, омогућава стручној и најширој јавности да коментарише и предлаже промене у појединим програмима.

бити препознато од стране свих субјеката који учествују у буџетском процесу (изради, усвајању, извршењу, евалуацији буџета), као и од стране целокупног јавног мњења.

Програмско буџетирање омогућава квалитетнију приоритизацију издатака (расхода, потрошње)²⁰ тако што омогућава доносиоцима одлука о буџету да врше поређења трошкова и користи од алтернативних програма. То је посебно наглашено у периоду економске кризе, коју карактерише мањак финансијских средстава и немогућност потпуног одговора на све захтеве које, у погледу финансијских средстава, исказују буџетски корисници. Побољшана приоритизација потрошње доприноси одрживости јавних финансија. Потребно је, пре свега, указати да програмско буџетирање има потенцијал да значајно допринесе дисциплини агрегатне потрошње. Капацитет владе да идентификује ниже приоритете или неделотворне програме тиме се унапређује. Уз то, олакшава се стварање фискалног простора неопходног да се одговори на нове приоритете политика без непотребног раста агрегатне потрошње. И у околностима када је фискална консолидација неопходна, адекватна приоритизација омогућава да се одреде циљеви, како би се минимизирали њихови социјални трошкови и повећала њихова одрживост.²¹

Приоритизација потрошње, као главни циљ програмског буџетирања, најбоље функционише када се врши из средњорочне перспективе.²² Велика је предност ако, приликом одлучивања како да се распореде буџетска средства међу програмима, постоје сазнања о трошковима тих програма који се могу очекивати не само у следећој финансијској години, већ и у наредним годинама. Не ретко обрачунавање трошкова програма на годишњој основи може да завара а то посебно важи за нове програме. Стога је потребно да они буду праћени средњорочним проценама трошкова.

На међународном нивоу, треба истаћи, владе често занемарују аспект информације о учинку код програмског буџетирања и сматрају да су, само развијањем програмске класификације потрошње, већ имплементирале

20 Marc Robinson, *Program Classification for Performance-Based Budgeting: How to Structure Budgets to Enable the Use of Evidence*, IEG Evaluation Capacity Development Series. Washington, DC: World Bank, 2013, p. 1.

21 Marc Robinson, *Planiranje budžeta prema učinku*, *op. cit.* str. 16.

22 Средњорочни буџетски оквир (*medium-term budget framework*) обухвата главна питања која се односе на одређивање основне политике, планирање нових политика и програма, као и повезивање годишњег буџета са проблематиком вишегодишњег буџетирања. Продужавањем буџетског хоризонта са једне на неколико наредних година намерава се постићи већа стабилност и предвидивост фискалне политике и ефикасније трошење јавних средстава у средњом року.

програмски буџет. То је погрешно јер податак о трошковима програма не значи пуно без информације о користима које програм остварује.²³

4. Изазови у имплементацији програмског буџетирања

Испољавање позитивних и потпуних ефеката програмског буџетирања је могуће уколико су његовом увођењу претходиле адекватне припреме. Такви ефекти ће, у супротном, изостати. Интернационална искуства говоре о бројним проблемима повезаним са имплементацијом програмског буџетирања: буџетирање претходи планирању (а треба да буде супротно); координација министарства финансија и ресорних министарстава није одговарајућа; недостаје координација у конкретно посматраној институцији (делови те институције неједнако схватају планирање, програмирање, буџетирање); средњорочно буџетско планирање није свеобухватно и није јасно;²⁴ системи прикупљања информација из различитих организационих јединица, услед изостанка стандардне методологије, нису поуздани и сл.

Ваљана примена програмског буџетирања подразумева значајне промене (реформе) у руковођењу и раду управљачких јединица организационе структуре јавне власти, перманентну едукацију запослених службеника, али и њихових руководилаца, унапређивање методологије стратешког и оперативног планирања, развијање аналитичких капацитета организације и прецизно дефинисање надлежности и одговорности за спровођење буџетских програма.²⁵ Процес планирања и израде буџета треба ускладити са методологијом стратешког управљања у јавном сектору, а за то је потребан вишегодишњи, системски и изузетно стручан рад.²⁶ Такође је

23 Marc Robinson, Planiranje budžeta prema učinku, *op. cit.* str. 56.

24 Средњорочни приоритети треба да буду јасно дефинисани како би се избегла блокада која може бити изазвана истовременим постојањем више циљева у условима значајно ограничених средстава.

25 Досадашњи покушаји увођења програмског буџетирања у Републици Србији, преко пилот програма у неколико министарстава (здравља, привреде, образовања, вера, државне управе и локалне самоуправе) били су делимично успешни. То је, пре свега, последица недовољних стручних капацитета у ресорним министарствима за препознавање, анализирање и агрегацију пројеката, дефинисање њихових циљева и израду неопходног формата – логичког оквира, који јасно повезује исказане потребе појединих пројеката (за опремом и *input*-има) са активностима (процесима) и очекиваном променом *output*-а. Логички оквир, истовремено, показује како пружање већег обима јавних добара и услуга доприноси остваривању конкретних циљева дефинисаних на нивоу министарства, сектора, тј. програма. Видети: Dušan Vujović, *op. cit.* str. 8.

26 Saša Kristić, *op. cit.* str. 36.

неопходно и извесно време да буџетски корисници утврде своју мисију, циљеве, подциљеве, као и мере за примену појединих програма што се, најчешће, истиче као, не безначајан, изазов у програмском буџетирању. Наведено собом носи и веће административне трошкове, с обзиром да је потребно детаљно вођење рачуноводства трошкова и распоређивање свих трошкова на поједине програме који су и створили одређени трошак.

Виталну важност за домен програмског буџетирања имају кадровски капацитети у ресорним министарствима у конкретној земљи. Ограничења у овом сегменту негативно утичу на њихову способност да анализирају и агрегирају пројекте и програме, дефинишу своје циљеве и повезују их са дугогодишњим приоритетима министарства ради стварања базе за координацију политика. Практично посматрано, неопходно је да сектори за буџет у оквиру ресорних министарства (уз нужну помоћ министарства финансија) буду оспособљени за обраду пројектних и програмских информација у потребном формату – логичком оквиру (*log frame*) који повезује улазне ресурсе са активностима (процесима) и променама излазних величина (*output-a*), а затим објашњавају на који начин већи обим пружених јавних добара и услуга доприноси остваривању смислених циљева на нивоу министарства, сектора, програма.²⁷ Неизоставно, влада треба снажно да испољи спремност за дефинисање дугорочних циљева развоја и приоритета у оквиру стратешког планирања буџета. Програмско буџетирање ће се имплементирати на прави начин уколико, пре свега, постоји политичка тражња за бољим резултатима буџетирања.²⁸ Њу треба да прати одговарајући одговор администрације базиран на институционалим и стручним капацитетима.

Програмско буџетирање ће бити успешно када постоји јасна организациона одговорност за управљање програмом, тј. за резултате који се програмом испоручују (остварују). Чињеница да, у већини владиних структура, организационе јединице нису увек базиране на резултатима (дефинисане по основу „производне линије“) посебна је тема програмског буџетирања и, истовремено, изазов које утиче на успешност његове примене. Однос организацијске и програмске структуре је изузетно битан а питање да ли, до ког степена и на који начин, ове структуре могу да се повежу, и даље је отворено у великом броју земаља.²⁹

27 Dušan Vujović, *op. cit.* str. 60.

28 Тиме се неспорно потврђује да је буџетски процес иманентно политички процес. Политичка димензија буџетског процеса је изузетно важна и када се ради о његовом иновирању у правцу побољшања.

29 Marc Robinson, *Planiranje budžeta prema učinku, op. cit.* str. 83.

Само развијање програмске структуре за буџет треба третирати као вишегодишњу реформу. Исто важи и за модификовање рачуноводственог система и информационог система управљања финансијама како би били програмски оријентисани. У оба случаја реч је о временском фактору као изазову у области потпуне и доследне примене програмског буџетирања. Дефиниција одговарајућих програма код буџетских корисника (програма који су дефинисани у смислу исхода и резултата) иницијални је корак који захтева најмање пар година (а и дуже). Буџетски корисници у овом процесу треба да имају потпору министарства финансија, у виду техничких инструкција, смерница и детаљног програма обуке. Развијање програма јесте интерактивни процес у коме буџетски корисници припремају нацрте, чији преглед и одобравање врши министарство финансија. Треба указати, с једне стране, да није пожељно да министарство финансија једноставно намеће свој избор програма буџетским корисницима. Наиме, ово министарство не поседује потребна знања да то учини на одговарајући начин. Поред тога, буџетски корисници морају да поседују „власништво“ над проистеклом структуром програма. С друге стране, пошто је сврха програма да буду инструмент централне приоритизације потрошње, буџетским корисницима се не може тек тако (без икаквог надзора) препустити да дефинишу програме како год желе.³⁰

5. Закључак

Доброг буџета нема без строге дисциплине и поштовања одређених правила и процедура. Снажење контроле у домену потрошње буџетских средстава повећава ефикасност националног финансијског система и поверење грађана у јавну власт.

Општа оцена, у великом броју држава, јесте да је ниво постојећих јавних расхода висок, као и да позитивни ефекти трошења јавних расхода могу бити знатно већи. Како су јавни расходи постали „болна тачка“ и видљив проблем развоја јавног сектора (а индиректно и економије), очигледно је да се њима мора успешније управљати. Одговоран однос према испољеном проблему подразумева проналажење начина да се буџетска средства рационалније троше и остварују бољи учинци у јавном сектору применом три „Е“ (економичност, ефикасност и ефективност).

Увођење програмског буџетирања је значајан корак у правцу бољег коришћења јавних расхода, консолидације јавних финансија и остваривања значајнијег успеха у задовољавању јавних потреба. Посредством програмског буџетирања се остварује квалитетнији однос између владе,

30 *ibid*, str. 137.

министарства финансија и корисника буџетских средстава. Ресорна министарства програмским буџетирањем транспарентније показују, и влади и свим заинтересованим субјектима у једном друштву, приоритете и циљеве свог рада. Цивилном (грађанском) друштву (тј. интересним групама унутар друштва) је тиме дата могућност да узму активније учешће у процесу формулисања (обликовања) јавне политике у одређеној области и боље детерминишу свој положај у процесу њене имплементације.

Доследна имплементација концепта програмског буџетирања је захтеван задатак, којим треба адекватно управљати и чији резултати не могу бити одмах видљиви у стварности. Успешна реализација програмског буџетирања подразумева битне промене у руковођењу и функционисању свих структура државне власти, јасно дефинисан делокруг рада, као и одговорност за реализацију буџетских програма.

Prof. Marina Dimitrijević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE BASICS OF PROGRAM BUDGETING

Summary

In many countries around the world, the current interest in the topic of program budgeting is a particular “response” to the internal political and social pressures aimed at improving the public expenditure management and increasing responsibility. Program budgeting is a contemporary model of budgetary planning which is based on program classification identifying the aims, expected results, activities and funds needed for accomplishing these goals. It implies the establishment of a new way of planning and distributing budget funds, which introduces a transparent correlation between government policies, the programs to be implemented, the aims of these programs and anticipated results, and the funds needed for their implementation.

The introduction of program budgeting is a demanding task for any organisational system. In order to adequately implement the concept of program budgeting, it is necessary to introduce significant changes in the management and operation of the administrative units within the organisational structure of public authorities, to organise permanent education of employees and their managers, to improve the methodology of strategic and operative planning, to develop the analytical capacity of the organisation, and to precisely define the jurisdictions and responsibilities related to the implementation of this program. The expected benefits are substantial and they are primarily reflected in improving the legitimacy of public expenditures and ensuring a more rational spending of the budget funds.

Keywords: *public finance; public expenditure management; budget planning; program budgeting.*

УСВОЈЕЊЕ У САВРЕМЕНОМ СВЕТУ¹

Апстракт: *Усвојење представља прастару друштвену и правну установу која је током времена мењала појавне облике и циљеве којима је служила. У савременом свету усвојење постаје облик друштвене, породичноправне заштите деце без (адекватног) родитељског старања, и то најпожељнији вид збрињавања ове категорије деце, јер се усвојеник у потпуности интегрише у породицу усвојитеља, заузимајући положај рођеног детета усвојитеља, при чему породично окружење обезбеђује оптималан психофизички развој детета. Афирмацији установе усвојења доприноси и модерна психологија, која указује на предности одрастања детета у породичној средини, као и на околност да је за правилан развој детета од прворазредног значаја установљавање сталних осећајних веза од ране младости детета са његовим биолошким или адоптивним родитељима. Користи од установе усвојења су несумњиве и вишеструке. Са једне стране, адоптирано дете добија стабилан и хармоничан родитељски дом. Са друге стране, усвојитељи су у прилици да усвојенику поклоне љубав и пажњу, чиме задовољавају своју исконску потребу за потомством и родитељством. Правна регулатива института усвојења има за циљ да утврди приоритете којима се треба руководити у области усвојења, као и да хармонизује и заштити интересе свих субјеката у поступку адопције.*

Кључне речи: *усвојење, усвојитељ(и), усвојеник, европски правни простор, право Републике Србије.*

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

1. Увод

Усвојење представља прастару друштвену и правну установу која је током времена мењала појавне облике и циљеве којима је служила. Корени овог феномена сежу далеко у прошлост, тако да се еволуција усвојења може пратити почев од најстаријих етапа у развоју људског друштва до данашњих дана. У првобитној људској заједници адопцијом су јачане радне и одбрамбене снаге генса који је био бројчано ослабљен услед сурових животних услова и непрекидних сукоба са другим генсовима. У античком Риму, пак, усвојење је служило интересима *pater familias*-а без биолошког потомства. Благодарјећи овом институту, долазило је до продужења породице и породичног култа усвојитеља, којима је, у одсуству природних потомака, претило гашење.

Након стагнације у феудалној епохи, установа усвојења је реafirмисана у буржоаском праву. Грађански законици европских земаља, чији су правни системи изграђени на темељима римске правне традиције, изворно су фаворизовали интересе појединаца без биолошке деце, којима је путем усвојења омогућено да продуже своју породицу, као и да на овако добијене наследнике пренесу имовину. У том контексту, буржоаски грађански законици су нормирали непотпуно усвојење, које није доводило до потпуног прекида свих веза између усвојеника и његове породице порекла, као ни до настанка сродничког односа између усвојеника и сродника усвојитеља.

После ратних дешавања којима је обиловао XX век, а која су довела до рапидног пораста броја деце без родитељског старања, концепција усвојења је радикално измењена, тако да од тог времена усвојење превасходно служи интересима детета које се усваја, и у функцији је његовог збрињавања у адоптивној породици. Мада је у већини правних система и данас могуће адоптирање пунолетних особа, усвојење постаје облик друштвене, породичноправне заштите деце без адекватног родитељског старања, и то најпожељнији вид збрињавања ове категорије деце, јер се усвојеник у потпуности интегрише у породицу усвојитеља, заузимајући положај рођеног детета усвојитеља, при чему породично окружење обезбеђује оптималан психофизички развој детета.²

2 Детаљније о појединим дилемама у концепту усвојења, а посебно о супстанцијалној слојевитости и бројним контроверзама установе потпуног усвојења, као доминантне форме адопције у савременом свету видети: Слободан Панов, «Дилеме у концепту усвојења», *Реформа породичног законодавства* (ур. Лука Тодоровић), Београд, 1996, стр. 255-274.

Афирмацији установе усвојења доприноси и модерна психологија, која указује на предности одрастања детета у породичној средини, као и на околност да је за правилан развој детета од прворазредног значаја установљавање сталних осећајних веза од ране младости детета са његовим биолошким или адоптивним родитељима.

2. Правно регулисање усвојења у Немачкој, Швајцарској, Аустрији и Француској

Имајући у виду далекосежне последице усвојења, у савременим правним системима су за његово пуноважно заснивање прописани бројни материјални и формални услови. Пре свега, усвојење је допуштено ако је у најбољем интересу детета и ако се може очекивати да ће се између усвојитеља и усвојеника успоставити однос који у свему имитира однос између биолошких родитеља и детета. У наставку рада сумарно ћемо размотрити актуелну регулативу усвојења у Немачкој, Швајцарској, Аустрији и Француској.³ У фокусу наше пажње првенствено ће бити претпоставке за заснивање усвојења и правне последице усвојења.⁴

Потенцијални усвојитељи најпре морају задовољити старосни услов, а потом и услов који се тиче њиховог породичног статуса. У савременом праву адоптивну подобност поседују како (ван)брачни партнери, тако и особе које живе саме. За супружнике је резервисано заједничко усвојење, али је у изузетним ситуацијама допуштено и да један супружник адоптира самостално, тј. без учешћа другог супружника. Када је реч о старости усвојитеља, Немачки грађански законик⁵ садржи решење по коме могу адоптирати особе које су навршиле 25 година, а уколико усваја брачни пар, један супружник мора напунити 25 а други 21 годину (§ 1743 BGB). По

3 О правном режиму усвојења у појединим савременим правним системима детаљније: Тања Китановић, «Правни режим усвојења у упоредном праву», *Правни живот*, бр. 10/2008, стр. 467-485.

4 У контексту усвојења, посебно је интересантно питање права детета да сазна своје биолошко порекло. Детаљније о томе: Гордана Ковачек-Станић, *Право детета да зна своје порекло*, Нови Сад, 1997, стр. 165-184. С тим у вези, у појединим правним системима егзистира тзв. отворено усвојење, које је знатно транспарентније у поређењу са традиционалним обликом усвојења, тако да уважава и психолошку компоненту усвојења у смислу очувања идентитета детета и задржавања комуникације између усвојеног детета и његове породице порекла. О томе детаљније: Марина Јањић-Комар, «Отворено усвојење», *Правни живот*, бр. 9/1998, стр. 663-668. Међутим, ова питања, услед постојећих ограничења која се тичу обима овог рада, неће бити предмет наше пажње.

5 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* је доступан на интернет адреси: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE009902377>, приступ 29.09.2015.

Аустријском грађанском законнику⁶, пак, мушкарац који усваја мора имати навршених 30 година, док жена која усваја мора навршити 28 година, при чему је дозвољено одступање од ове старосне границе уколико супружници заједно усвајају, или ако један супружник усваја биолошко дете свог супружника, а између усвојитеља и усвојеника се већ развио однос који одговара односу између природних родитеља и детета (§ 180 *ABGB*).

Потом, поједина законодавства, уз услов који се тиче година живота потенцијалних усвојитеља, алтернативно нормирају и услов који се односи на трајање њихове брачне заједнице. По Француском грађанском законнику⁷, супружници могу заједно усвојити дете ако су у браку дуже од 2 године или ако су обоје навршили 28 година, док особа која живи сама може поднети захтев за усвојење ако је навршила 28 година, са изузетком усвојења пасторка, када старосни услов не мора бити испуњен (*art. 343 CC*). У зависности од тога ко се налази у улози усвојитеља, Швајцарски грађански законик разликује⁸ две форме усвојења: заједничко усвојење (*Gemeinschaftliche Adoption*) и појединачно усвојење (*Einzel Adoption*). Први облик усвојења је резервисан за брачне парове, који могу усвојити ако су навршили 35 година живота или ако су у браку најмање 5 година (*art. 264a ZGB*). Са друге стране, појединачно усвојење је намењено особама које нису у браку, при чему оне активну адоптивну способност стичу са 35 година (*art. 264b ZGB*).

У савременом праву су нормирани и изузеци од правила да брачни партнери могу усвојити дете само заједно. По швајцарском праву, особа која је у браку и која је напунила 35 година може самостално усвојити дете, под условом да заједничко усвојење није могуће јер је други супружник неспособан за расуђивање, или је дуже од 2 године одсутан из свог пребивалишта и не зна му се адреса становања, као и када су супружници дуже од 3 године судски растављени (*art. 264b ZGB*). Исто тако, *ABGB*, поред ситуације у којој један супружник самостално усваја биолошко дете свог супружника, допушта самостално усвојење и ако други супружник не испуњава законске услове у погледу пословне способности или година живота, ако је место боравишта другог супружника непознато дуже од годину дана, ако између супружника дуже од 3 године не постоји заједница

6 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* је доступан на интернет адреси: [http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_\(ABGB\)_Langversion.html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_(ABGB)_Langversion.html), приступ 29.09.2015.

7 *Code civil (CC)* је доступан на сајту француске Владе: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, приступ 29.09.2015.

8 *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)* је доступан на интернет адреси: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>, приступ 29.09.2015.

живота, као и ако се из других нарочито важних разлога може дозволити усвојење само једном супружнику (§ 179 ABGB).

Савремени режими у области усвојења, као један од услова за допуштено усвојења, захтевају и одређену разлику у годинама између усвојитеља и усвојеника. Илустрације ради, аустријско право прописује разлику од 18 година, при чему је минимално одступање дозвољено ако се између усвојитеља и усвојеника већ развио однос родитељ - дете, а ако усвојитељ усваја дете свог супружника или дете које је са њим у сродству, довољно је да разлика у годинама износи 16 година (§ 180 ABGB). У француском праву услов који се тиче разлике у годинама није стриктно постављен. У том контексту, ова разлика не може бити мања од 15 година, а ако се усваја дете супружника, довољна је разлика од 10 година, при чему су могућа одступања (*art.* 344 CC).

У већини модерних правних система допуштено је усвојење и малолетних и пунолетних особа. У пракси су, међутим, много чешћа усвојења малолетника. Специфичности усвојења пунолетних особа долазе до изражаја нарочито у домену услова под којима се ова форма адопције може засновати, као и правних последица које ово усвојење производи. Тако се у Немачкој пунолетна особа може усвојити као дете ако је усвојење морално оправдано, а посебно ако се између лица која учествују у поступку адопције већ развио однос родитељ - дете (§ 1767 BGB). Усвојење пунолетне особе има непотпуно дејство, будући да се не простира на сроднике усвојитеља, као ни на супружнике усвојитеља и усвојеника (§ 1770 BGB). Изузетно, усвојење пунолетне особе може имати потпуно дејство, осим ако је то у супротности са интересима родитеља пунолетног усвојеника (§ 1772 BGB).

С обзиром да је француско право једно од ретких савремених права које промовише дуализам форми усвојења, услови на страни усвојеника се разликују у зависности од тога да ли је реч о потпуном или непотпуном усвојењу. Потпуно усвојење (*l'adoption plénière*) је допуштено: ако је дете млађе од 15 година; ако је дете старије од 15 година, али је пре навршене 15. године било примљено у циљу усвојења од стране особе која није испуњавала законске услове за потпуно усвојење, тако да из тог разлога овај модел адопције није могао бити заснован; ако је дете пре него што је навршило 15 година било субјект обичног усвојења (*art.* 345 CC). Насупрот томе, за обично усвојење (*l'adoption simple*) су подобра како малолетна, тако и пунолетна лица (*art.* 360 CC).

За пуноважно заснивање усвојења потребна је сагласност одређених лица. Примера ради, немачко право захтева сагласност детета одређеног узраста, родитеља или старатеља детета, а ако самостално усваја лице које је

у браку, потребна је сагласност и његовог брачног партнера (§ 1746-1749 BGB). Природни родитељи могу дати сагласност тек када дете наврши осам недеља, чиме је одређена доња старосна граница за усвојење. Сагласност једног родитеља није потребна ако обавезе према детету стално грубо крши или је својим понашањем показао да се не брине за њега. Сагласност родитеља није потребна ни ако повреда права није стална али је веома велика, као и ако је родитељ због психичке болести или тешког душевног поремећаја трајно неспособан за старање о детету, тако да оно, у случају да не буде усвојено, не би могло да одрасте у породичном окружењу, чиме би јако било оштећено у свом развоју.

Имајући у виду да су за адопцију, по француском праву, подобна деца чије су усвојење одобрили отац и мајка или породични савет, деца под старатељством државе, као и деца која су проглашена напуштеном под условима предвиђеним *art. 350 CC*, у зависности од породичног статуса детета, за усвојење је потребна сагласност оба родитеља, само једног од њих или породичног савета, при чему суд има моћ да донесе одлуку о усвојењу ако сматра злоупотребом одбијање давања сагласности за усвојење од стране биолошких родитеља, у случају да су они били незаинтересовани за дете, угрозивши при том његово здравље и добробит (*art. 347-348 CC*).⁹

Будући да је у савременом праву усвојење конципирано тако да представља облик друштвене, породичноправне заштите деце без родитељског старања, доношењу одлуке о усвојењу неизоставно мора претходити боравак детета у породици потенцијалних усвојитеља. Пробни смештај има за циљ проверу да ли су усвојитељи и усвојеник подобни за усвојење, те да ли је у интересу детета да буде усвојено од стране одређених усвојитеља. У складу са тим, швајцарско право допушта усвојење ако су будући усвојитељи најмање годину дана неговали будућег усвојеника и старали се о његовом животу, здрављу, васпитању и образовању, тако да се на бази ових околности може закључити да би заснивање усвојења било корисно за дете (*art. 264 ZGB*). Француски законодавац, пак, предвиђа да ће се потпуно усвојење дозволити уколико је усвојеник провео у дому усвојитеља најмање шест месеци, а смештај у циљу усвојења се показао успешним (*art. 345 CC*).¹⁰

9 О усвојењу специфичне категорије деце, која су у судском поступку, на захтев овашћених лица и уз испуњење одређених законских претпоставки, проглашена напуштеном видети: Тања Китановић, «Усвојење према Француском грађанском законнику», *Двестотине година од доношења Француског грађанског законика - утицај Француског грађанског законика на српско право* (ур. Гордана Станковић), Ниш, 2006, стр. 292-294.

10 Смештај у циљу усвојења доводи до немогућности повраћаја детета у породицу из које потиче. Детаљније о томе: Gérard Cornu, *Droit civil - La famille*, Montchrestien,

У претходном периоду је непостојање рођене деце на страни усвојитеља био један од централних услова за заснивање усвојења. Насупрот томе, данас је усвојење могуће и у присуству биолошког потомства усвојитеља, али је орган који доноси одлуку о усвојењу у обавези да процени да ли ће се адопција лоше рефлектовати на живот у породици. Сагласно томе, усвојење се неће допустити ако је у супротности са оправданим интересима биолошке деце усвојитеља, посебно ако доводи у питање њихово издржавање или васпитање, као и ако се треба плашити да ће интереси усвојеника бити угрожени услед чињенице да усвојитељи имају биолошко потомство.

У циљу утврђивања опште и посебне адоптивне подобности усвојитеља и усвојеника, обавезна је примена социјалног рада, при чему је неопходно ангажовање стручњака различитих специјалности: лекара, педагога, психолога, социјалних радника и правника. Задатак наведених експерата је да утврде и објасне особине личности усвојитеља и усвојеника, њихово здравствено стање, материјалне прилике усвојитеља, односе унутар породице усвојитеља, релације које су успостављене између усвојитеља и усвојеника током пробног смештаја, као и тенденције у развоју ових односа у будућности.¹¹ У сваком случају, усвојење мора бити у најбољем интересу детета, при чему је неопходно створити такав амбијент који ће свести на минимум опасност од злоупотреба у поступку адопције.¹²

Када је реч о дејству усвојења, модерни правни системи најчешће нормирају потпуно усвојење, које доводи до целовите и трајне интеграције усвојеника у породицу усвојитеља, уз истовремени прекид свих релација са породицом порекла. Изузетно, у појединим правним системима (и под одређеним условима) усвојење може имати и непотпуно дејство. У том смислу, *BGB* у § 1755 предвиђа да се у случају усвојења пасторка сроднички однос између детета и сродника природног родитеља који није у браку са усвојитељем не гаси, под условом да је брак престао смрћу а умрли

Paris, 2006, стр. 440-441.

11 Детаљније о активностима стручњака различитих профила на плану утврђивања опште и посебне подобности потенцијалних усвојитеља и усвојеника: Heinz Hausheer, Thomas Geiser, Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007, стр. 276-277.

12 Немачки законодавац је настајао да спречи злоупотребе до којих би могло доћи у поступку заснивања усвојења. Стога је прописано да особа која суделује у противзаконитом посредовању или довођењу детета у циљу усвојења, особа која извршење наведених радњи захтева од неког трећег лица, или која трећем лицу за то плаћа накнаду, може усвојити дете само ако је то у његовом интересу (§ 1741 *BGB*). Опширније: Wilfried Schlüter, *BGB - Familienrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg - München, 2006, стр. 270.

родитељ се за живота бринуо о детету, када усвојење нема потпуно већ модификовано дејство.

Посебно је интересантно дејство усвојења у аустријском праву. Наиме, по § 182 *ABGB*, усвојењем се између усвојитеља и њихових потомака и усвојеника и његових, у тренутку ступања на снагу одлуке о усвојењу, малолетних потомака заснивају права и дужности као да је у питању рођено дете усвојитеља. Истовремено, укида се сроднички однос између биолошких родитеља и њихових сродника и усвојеника и његових малолетних потомака. Међутим, обавеза природних родитеља и њихових сродника да издржавају усвојеника и његове малолетне потомке остаје на снази. Такође, обавеза усвојеника да издржава своје биолошке родитеље не престаје усвојењем, осим ако су они своју обавезу да га издржавају грубо занемаривали пре заснивања усвојења. Обавеза усвојеника да издржава природне родитеље постоји паралелно са његовом обавезом да издржава усвојитеље, и ове две обавезе представљају облигације једнаког ранга (§ 182a *ABGB*). Исто тако, усвојење нема утицаја на право наслеђивања између природних родитеља и њихових сродника и усвојеника и његових малолетних потомака. Наследна права између ових лица остају нетакнута. Са друге стране, заснивањем усвојења настаје узајамно право наслеђивања између усвојитеља и усвојеника, при чему усвојитељи и њихови потомци имају право првенства у односу на природне родитеље усвојеника и њихове потомке (§182b *ABGB*).

По праву Француске, потпуно усвојење даје детету порекло којим се замењује његово првобитно порекло. Усвојеник престаје да припада својој природној породици, осим ако се ради о усвојењу пасторка, када се детету оставља првобитно порекло у односу на родитеља који је у браку са усвојитељем, као и са сродницима овог родитеља (*art. 356 CC*). У случају обичног усвојења, родитељски и сроднички однос се заснива између усвојитеља и усвојеника и његових потомака. У том контексту, настаје обавеза издржавања између усвојитеља и усвојеника, али су отац и мајка усвојеника дужни да дају издржавање ако усвојитељи нису у могућности то да чине. При том, усвојеник остаје у породици из које потиче и у њој задржава сва права, посебно наследна. Усвојеник и његови потомци наслеђују усвојитеље као законски и нужни наследници првог наследног реда, али немају својство нужних наследника у односу на асценденте усвојитеља (*art. 367-368 CC*).

У савременом праву усвојење се заснива одлуком надлежног судског или администативног органа, а подлеже поништењу уколико је оптерећено тешким недостацима који утичу на његову пуноважност. Сагласно томе, у Немачкој се усвојење заснива одлуком старатељског суда, а изузетно, на

захтев активно легитимисаних лица и у законом предвиђеним роковима, може се поништити одлуком истог органа, осим ако би то у великој мери штетило интересима усвојеника (§ 1759-1766 *BGB*). По швајцарском праву, међутим, одлуку о усвојењу доноси надлежни административни орган, а може се поништити уколико приликом његовог заснивања нису биле испуњене претпоставке за усвојење (*art. 268 и 269a-b ZGB*). Најзад, француско право предвиђа да се потпуно усвојење заснива одлуком суда и да је неопозиво, док се обично усвојење, ако је захтев за поништење поднет од стране овлашћеног лица и образложен озбиљним мотивима, може поништити у судском поступку (*art. 353, 359 и 370 CC*).

3. Специфичности установе усвојења у праву Републике Србије

Модерни правни системи, како смо видели у претходном одељку овог рада, најчешће нормирају само потпуно усвојење, које доводи до целовите и трајне интеграције усвојеника у породицу усвојитеља, уз истовремени прекид свих релација са породицом порекла. Сагласно томе, Породични закон Србије¹³ нормира само једну форму адопције - потпуно усвојење, мада има наговештаја реафирмације непотпуног усвојења. Наиме, Комисија¹⁴ која ради на кодификацији нашег грађанског права је стала на становиште да је неопходно реафирмисати непотпуно усвојење, које је у једном дужем временском периоду егзистирало у нашем правном систему, а које је укинато доношењем Породичног закона Србије из 2005. године.¹⁵ Стога је у III књизи Преднацрта¹⁶ Грађанског законика, поред потпуног, предвиђено и непотпуно усвојење, којим се између усвојеоца и усвојеника и његових потомака заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља, при чему усвојење не утиче на права усвојеника према његовим родитељима и другим сродницима, као ни на његове дужности према њима (чл. 126 Преднацрта). Поновно нормирање непотпуног усвојења сматрамо оправданим и сврсисходним, будући да ће у пракси највероватније допринети широј примени установе усвојења.

13 Породични закон Србије (ПЗС), *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 и 72/2011.

14 Видети одлуку Владе Србије о образовању Комисије за израду Грађанског законика, *Службени гласник РС*, бр. 104/2006.

15 Опширније о материјалним и формалним условима за заснивање непотпуног усвојења, правним дејствима заснивања овог облика адопције, те о престанку и последицама престанка непотпуног усвојења раскидом и поништењем: Тања Китановић, *Усвојење*, магистарска теза, Нови Сад, 2006, стр. 33-76.

16 Интегрални текст Преднацрта Грађанског законика Србије доступан је на интернет адреси: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, приступ 08.09.2015.

Имајући у виду све предности адопције као облика збрињавања деце без родитељског старања, легализација непотпуног усвојења ће резултирати, надамо се, чешћим усвајањем старије деце која се налазе у хранитељским породицама или им је обезбеђен институционални смештај, а чије је усвојење, у поређењу са усвојењем млађе деце, мање атрактивно, далеко комплексније и скопчано са бројним проблемима при проналажењу адекватне адоптивне породице.

У домену активне адоптивне подобности, српски законодавац је веома либералан, тако да могу адоптирати супружници или ванбрачни партнери заједно, један (ван)брачни партнер биолошко дете свог партнера, као и лице које живи само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, те ако добије дозволу министра надлежног за породичну заштиту (чл. 101 ПЗС). Методом негативне енумерације, законодавац је прописао ко се не може наћи у улози усвојитеља. Тако је за усвојење неподобно: лице које је потпуно или делимично лишено родитељског права или пословне способности; лице оболело од болести која може штетно деловати на усвојеника; лице осуђено за кривично дело из групе кривичних дела против брака и породице, против полне слободе и против живота и тела (чл. 100 ПЗС).

По актуелном српском праву, адоптивну подобност поседује: дете које нема живе родитеље; дете чији су родитељи непознати или је непознато њихово боравиште; дете чији су родитељи потпуно лишени родитељског права или пословне способности; дете чији су се родитељи сагласили са усвојењем (чл. 91 ПЗС). По српском праву, међутим, допуштено је усвојење искључиво малолетних особа, при чему је доња старосна граница за усвојење три месеца, а горња 18 година, осим ако је дете пре навршене 18. године еманципацијом стекло потпуну пословну способност, када више није подобно за адопцију (чл. 90 ПЗС).

Српско право предвиђа, као један од услова за заснивање усвојења, разлику у годинама између усвојитеља и усвојеника која не може бити мања од 18 нити већа од 45 година, али се ови лимити могу прекорачити у изузетним ситуацијама (чл. 99 ПЗС).

У савременом свету све су чешћа међународна усвојења деце. Наиме, у појединим земљама, услед раста животног стандарда и општег материјалног благостања, као и услед пораста образовног нивоа становништва, те широке примене многобројних и све савршенијих контрацептивних средстава која су ризик од нежељеног зачећа свела на најмању могућу меру, све је мање деце без родитељског старања, односно деце подобне за усвојење. Насупрот томе, неразвијене земље карактерише велики број

деце без родитељског старања која живе у изразито тешким условима. Описано стање ствари је имало за последицу пораст интересовања за међународна усвојења, уз присутну опасност да она поприме криминална обележја и да се претворе у својеврсну трговину децом. Из тих разлога, у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право предузете су активности које су имале за циљ правно уређење овог вида адопције на међународном плану. Поменуте активности су 1993. године резултирале доношењем Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (*Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*), коју је наша земља ратификовала октобра 2013. године.¹⁷ Конвенција има за циљ да уреди материју усвојења у ситуацији када усвојитељи и усвојеник нису држављани/резиденти исте државе, тако да је чин усвојења везан за две државе, односно дете које се усваја неминовно се мора преселити из земље свога порекла у земљу пријема, тј. земљу чији су држављани усвојитељи.¹⁸ При том, Конвенција препознаје и признаје предности одрастања детета у породичној средини, сматрајући је оптималном за потпун и хармоничан развој личности детета, при чему поштује право сваке државе да се сама стара о заштити деце без родитељског старања, док међународно усвојење допушта само као крајње решење, односно у ситуацијама када су у земљи порекла детета исцрпљене све могућности за његово адекватно збрињавање. У том контексту, домаће законодавство допушта усвојење од стране лица које није наш држављанин уколико се међу домаћим држављанима не могу наћи усвојитељи за конкретно дете и ако се са усвојењем сагласио министар надлежан за породичну заштиту, при чему ће се сматрати да се усвојитељи не могу наћи међу домаћим држављанима ако је прошло више од годину дана од дана уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења, а изузетно министар може дозволити усвојење страном држављанину и пре истека овог рока ако је то у најбољем интересу детета (чл. 103 ПЗС). Имајући у виду да међународно усвојење доводи до пресељења детета у иностранство и до његове трајне интеграције у инострану средину, а да је витални интерес наше државе да се код сваког нашег детета очува национални идентитет, разумљиво

17 Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2013/579-13.pdf>, приступ 08.09.2015.

18 Детаљније о пољу примене Конвенције, условима за заснивање међународног усвојења, процедуралним захтевима у овом домену, признању заснованог међународног усвојења у другим државама потписницама Конвенције и о правним дејствима заснивања међународног усвојења: Тања Китановић, «Међудржавно усвојење и Конвенција о заштити деце», *Правни живот*, бр. 10/2006, стр. 193-202.

је опредељење законодавца по коме међународно усвојење никако не може бити примарни облик заштите детета без родитељског старања, већ се може дозволити само као алтернативни вид збрињавања детета, под условом да му се у нашој земљи не може обезбедити одговарајући вид смештаја и заштите.

4. Закључак

На основу сумарног приказа важећих нормативних решења, може се закључити да се савремено право одликује спектром најразличитијих услова у домену усвојења. Међутим, без обзира на постојање извесних разлика у регулисању института усвојења, као и на специфичности легислатива појединих европских држава, које се неминовно јављају као последица различитог историјског искуства и другачијег поимања усвојења и његове практичне применљивости, у свим размотреним правним системима установа усвојења је конципирана тако да је преваходно у функцији заштите најбољег интереса детета, те стварања оптималних услова за његов правилан психофизички развој збрињавањем у породици адоптивних родитеља.

Користи од установе усвојења су несумњиве и вишеструке. Са једне стране, адоптирано дете добија стабилан и хармоничан родитељски дом. Са друге стране, усвојитељи су у прилици да усвојенику поклоне љубав и пажњу, чиме задовољавају своју исконску потребу за потомством и родитељством, коју претходно нису могли остварити природним путем, мада присуство биолошког потомства на страни усвојитеља у савременом праву не представља непремостиву препреку за заснивање усвојења. Правна регулатива института усвојења има за циљ да утврди приоритете којима се треба руководити у области усвојења, као и да хармонизује и заштити интересе свих субјеката који учествују у поступку адопције.

Doc. Tanja Kitanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

ADOPTION IN THE CONTEMPORARY WORLD

Summary

Adoption is an ancient social and legal institute whose legal forms, goals and ultimate purpose have significantly changed over time. In the contemporary world, adoption has become a form of a social, legal family protection of children without (adequate) parental care; it is the most desirable form of providing family care for this category of children because the adoptee is fully integrated into the adoptive family and has the legal position of the adoptive parents' own child, whereas the family environment provides and encourages the optimal mental and physical development of the child. The institute of adoption has been reaffirmed by modern psychology, which points to the benefits of a child growing up in a family environment, as well as to the fact that the establishment of permanent emotional connections from an early age between the child and his or her biological or adoptive parents is of the utmost importance for the proper development of the child. The benefits of the institution of adoption are numerous and undeniable. On the one hand, the adopted child gets a stable and harmonious parental home. On the other hand, the adoptive parents have the opportunity to give love and attention to the adopted child, thus satisfying their basic need to have children and be parents. The legal provisions on the institute of adoption aim to identify the priorities which should serve as guidelines in the field of adoption, to harmonize and protect the interests of all the subjects in the adoption process.

Key words: adoption, adopter(s), adoptee, European legal space, Serbian law.

**МАЛОЛЕТНИЧКИ ЗАТВОР –
напомене о специфичностима редовног
одмеравања у праву Србије² –**

Апстракт: Систем малолетничког кривичног права у Републици Србији садржи различите механизме реаговања на малолетничку делинквенцију, почевши од васпитних налога, преко васпитних мера, до малолетничког затвора. Овај рад је посвећен проблему редовног одмеравања једине казне предвиђене за малолетнике. Законодавац је за одвијање овог процеса поставио неколико смерница: распон казне малолетничког затвора, сврху кажњавања, степен зрелости малолетника, време потребно за његово васпитање и стручно оспособљавање, али и све релевантне околности из чл. 54. Кривичног законика. Поменута констатација открива и централне теме и систематику даљег излагања, пред којим се налазе два задатка – прво, да се објасни дејство посебних околности из Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, и друго, да се установи како се опште околности из Кривичног законика примењују у овом случају, са посебним освртом на њихове специфичне манифестације.

Кључне речи: малолетнички затвор, сврха кажњавања, казнени оквир, олакшавајуће и отежавајуће околности.

1 dusica@prafak.ni.ac.rs

2 Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду од 2013. до 2018. године.

1. Увод

Формална друштвена реакција на малолетнички криминалитет у Србији прошла је кроз различите развојне периоде. Први би се, иако обухвата дуго временско раздобље и већи број извора хетерогених по својим одликама, уопштено могао описати тиме што приступа малолетнику као „одраслом делинквенту у минијатури“,³ што је подразумевало предвиђање истих казни и за пунолетна и за малолетна лица, евентуално уз извесна ограничења у погледу трајања и забране изрицања одређених казни малолетницима. Други одликује значајније наглашавање и уважавање специфичности ове категорије учинилаца, чији психофизички развој и социјализација још увек трају, пошто су у први план постављене васпитне мере, уз увођење малолетничког затвора као једине казне за малолетнике.⁴ Трећи има утемељење у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту ЗОМУКД),⁵ при чему се као његове најзначајније карактеристике могу одредити издвајање и кодификовање материје малолетничког кривичног права,⁶ али и прихватање концепта ресторативне правде, као философско-теоријске основе, поред идеје о заштити права малолетника и поступању у њиховом најбољем интересу. Поменута платформа је и довела до увођења нових механизма, попут васпитних налога, којима се омогућава тзв. диверзификација, односно скретање из кривичног поступка. Са друге стране, у систему су задржани и класични инструменти – васпитне мере и малолетнички затвор. У упоређењу са казном затвора, малолетнички затвор издваја низ специфичности, почевши од посебних оквира, посебних услова за изрицање и условно отпуштање са издржавања, искључења правних последица осуде у виду забране стицања појединих права, ограничења круга субјеката којима се могу издавати подаци о ранијој осуди, посебних рокова застарелости, али и посебних правила о одмеравању, о којима ће овде бити више речи.⁷ Основно правило за одмеравање (чл. 30. ЗОМУКД)

3 О. Перић: *Малолетнички затвор – примена и извршење*, Београд, 1979. године, стр. 5.

4 Он почиње ступањем на снагу Закона о изменама и допунама Кривичног законика ФНРЈ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 30/59.

5 *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

6 Описани процес је на линији савремених тенденција у овој области и он има своје оправдање, због чињенице да многи принципи и институти кривичног права у малолетничком кривичном праву или не важе или нису од превасходног значаја, те би се оно могло посматрати и као квази или пара-кривично право. Више о томе у З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2012. године, стр. 338-339.

7 Детаљније о посебним одликама у Д. Јовашевић: *Примена казне малолетничког затвора – стање и могућности*, Теме, бр. 2/2011, стр. 431.

открива еклектички приступ материји, јер се поред поштовања законских оквира, посебне сврхе кажњавања, степена зрелости малолетника и времена потребног за његово васпитање и стручно оспособљавање, налаже и уважавање свих релевантних околности из чл. 54. Кривичног законика.⁸ Поменута констатација открива централне теме и систематику даљег излагања, пред којим се налазе два задатка – прво, да се објасни дејство посебних околности из Закона о малолетним учиниоцима, и друго, да се установи како се опште околности из Кривичног законика примењују у овом случају, односно, да ли имају неке специфичне манифестације.

2. Напомене о казненом оквиру и сврхи малолетничког затвора

Прву смерницу одмеравања представља распон казне, при чему је општи минимум постављен на шест месеци, а општи максимум на пет година, осим у случају када се малолетнику суди за кривично дело за које је прописана казна затвора од двадесет година или тежа казна, или у случају стицаја најмање два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година, када је општи максимум померен на десет година (чл. 29. ЗОМУКД). У компарацији са ранијим решењем, оквир је претрпео значајну измену, и то у смеру драстичног сужавања, пошто је стари минимум износио годину, а максимум десет година. Тако је маневарски простор суда практично преполовљен, што је изазвало и негативне реакције појединих теоретичара, као и појединих стручњака из праксе, тужилаца и судија за малолетнике.⁹ Истакнут је читав низ приговора, прво, да онемогућавања прилагођавање казне конкретном случају, посебно када суд процени да казна од пет година није адекватан одговор на тешко дело малолетника, које не испуњава услове за померање казне на другу горњу границу. Минимум је, такође, оцењен као споран, јер је време исувише кратко за организовање и спровођење неког иоле делотворног третмана, уз све остале замерке, које се уобичајно наводе у вези са кратким казнама затвора. Укратко, нови оквир је добио етикету „*нарушавања логике доброг казног система*“,¹⁰ који би требало да одликује флексибилност, тј. капацитет за прилагођавање личним особинама различитих учинилаца и околностима различитих кривичних дела.¹¹

8 Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

9 Ђ. Игњатовић: *Малолетничко кривично право између бољеживости и ретрибутивности*, Правни живот, бр. 9/2004, стр. 544.

10 Ђ. Игњатовић: *op. cit.*, стр. 545.

11 Све ово је утицало да се почне радити на Нацрту измена и допуна Закона о малолетним учиниоцима. Њиме је предложено повећање нижег општег максимума на

Није неосновано ни поставити питање емпиријске утемељености новог оквира или, другим речима, питање његове оправданости у односу на обим, структуру и динамику малолетничког криминалитета. Да ли су у пракси регистроване неке значајне промене у овим показатељима, на основу чега је настала идеја о потреби ублажавања репресије? Статистички подаци из периода од 1999. до 2005. године, указују на благу стагнацију укупног број пријављених, оптужених и осуђених малолетника, што одудара од честих паушалних оцена о перманентном расту овог облика социјалне патологије, уз опаску да је истовремено уочено и повећање удела малолетних делинквената у укупној популацији малолетника, али и све већа заступљеност дела са елементима насиља.¹² Последња два податка нису нимало охрабрујућа, и не би требало да остану у сенци почетне констатације о благој стагнацији малолетничког криминалитета. Са друге стране, не може остати непримећено ни да је друштвена реакција у посматраном периоду усмерена преваходно на васпитање, а не на кажњавање малолетника, како је однос изречених васпитних мера према малолетничком затвору био у сразмери 99,1% према 0,9%, при чему су и заводске вапитне мере, у укупном броју васпитних мера, у просеку веома мало заступљене, око 3,7%.¹³ Све ово говори о томе да је реакција заснована на минимализовању кажњавања, односно, на коришћењу нерепресивних средстава и то претежно оних ванинституционалног карактера.

Критичка оцена новог оквира казне малолетничког затвора не би била потпуна без сагледавања компаративног права. При томе, посебну пажњу привлаче земље окружења, пре свега бивше југословенске републике, како због чињенице да је развој њихових правних система (као и нашег уосталом) кренуо са истих стартних позиција, тако и због сличних друштвених околности. Минимум и максимум малолетничког затвора идентични

седам година, док је за кривично дело за које је предвиђена казна од петнаест (уместо садашњих двадесет) или тежа казна предложена могућност изрицања у трајању од десет година. Више о томе у Н. Милошевић: *Планиране измене у Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, зборник Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, Београд, 2008. године, стр. 284. Међутим, до измена у овом смислу још увек није дошло.

12 Г. Илић: *Криминалитет младих и реформа правно-институционалне заштите у Србији*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, I део, Београд, 2007. године, стр. 298.

13 Г. Илић: *op. cit.*, стр. 300.

нашим присутни су у праву Црне Горе,¹⁴ Републике Српске,¹⁵ Хрватске,¹⁶ и Словеније,¹⁷ док је распон од једне до десет година задржан у праву Македоније.¹⁸ Што се других земаља тиче, исти казнени оквир постоји, на пример, у праву Немачке.¹⁹

Једно је сигурно, ако се распон сагледава у тоталитету осталих одредаба, јасно је да он само доследно прати општу тенденцију ублажавања реакције на малолетнички криминалитет. Она се читава и на многим другим местима, као у правилу да се казна изриче само на пуне месеце и године,²⁰ у новим захтевима за примену условног отпуста²¹ и слично.

На трагу старих решења и нови закон садржи правило по којем се малолетнику не може изрећи казна затвора у трајању дужем од прописане казне за дато дело, при чему суд није везан за најмању меру те казне. За сва кривична дела, чији се посебни минимум поклапа са општим минимумом казне малолетничког затвора, ово правило нема неки практични значај. Међутим, ако је минимум већи, онда се суду „отварају врата“ за излазак из казног оквира прописаног за дато кривично дело, чиме се практично модификује институт ублажавања казне, који се очигледно може применити неvezано за услове из општих кривичноправних прописа. Са друге стране, ни то што је за одређено кривично дело прописан минимум испод

14 Чл. 33. ст. 1. Закона о поступању према малолетницима у кривичном поступку, *Службени лист ЦГ, бр. 64/11*. Раније је било прихваћено другачије решење, са минимумом од шест месеци и максимумом од осам, односно, десет година. Д. Јовашевић: *Положај малолетника у кривичном праву*, Ниш, 2010. године, стр. 148.

15 Чл. 51. ст. 1. Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку, *Службени гласник РС, бр. 13/10*. И у законодавству Републике Српске евидентно је ублажавање реакције, како је раније био предвиђен распон од једне до десет година. М. Бабић, И. Марковић: *Кривично право, Општи део*, Бања Лука, 2008. године, стр. 508.

16 Члан 25. став 1. Закона о судовима за младеж, *Народне новине РХ, бр. 84/11, 143/12 и 148/13*.

17 Наведено према Lj. Selinšek: *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007. године, стр. 335.

18 Чл. 44. ст. 2. Закон за малолетничка правда, *Службен весник на РМ, бр. 87/07, 103/08, 161/08 и 145/10*.

19 Чл. 18. Jugendgerichtsgesetz-а. Детаљнији преглед решења у компаративном праву видети у С. Кнежевић: *Малолетничко кривично право (материјално, процесно, извршно)*, Ниш, 2010. године, стр. 84. и надаље, као и у Љ. Радуловић: *Малолетничко кривично право*, Београд, 2010. године, стр. 160-162.

20 Уместо правила да се изриче на пуне године и на пола године.

21 Постоји делимично поклапање у старим и новим захтевима. Тако је потребно да је малолетник издржао трећину казне, а разлика постоји јер се некада није могао отпустити пре истека једне године, а данас пре истека шест месеци.

шест месеци, неће имати никаквог значаја, пошто казна малолетничког затвора никако не може бити краћа од шест месеци.

Следећи руководни принцип редовног одмеравања казне представља сврха малолетничког затвора. Она се донекле поклапа са сврхом васпитних мера, и то у сегменту поновног укључивања малолетника у друштвену заједницу (чл. 10. ст. 1. ЗОМУКД). Нужне претпоставке за остваривање реинтеграције, као крајњег пројектованог исхода, представљају развој и јачање личне одговорности малолетника, као и васпитање и правилан развој његове личности, при чему су одређена и средства за њихово остваривање – надзор, пружање помоћи и стручно оспособљавање. Међутим, с обзиром на то да је, и поред специфичности, ипак у питању казна, сврха је допуњена и примесам генералне превенције. Тако изрицање и извршење казне треба да утиче и на остале малолетнике да не врше кривична дела (генерална превенција), али и да оствари појачан утицај на конкретног малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела (чиме је још једаред подвучена специјална превенција). Сумирајући наведено, може се закључити да малолетнички затвор, попут осталих казни, одређују и извесни ретрибутивни елементи, али уз јасну назнаку да је, упркос томе, његова сврха преваходно васпитног карактера.

3. Степен зрелости малолетника и време потребно за његово васпитање и стручно оспособљавање

Прва посебна околност, о којој суд треба да води рачуна при одмеравању малолетничког затвора, јесте степен зрелости малолетника. Ради се о новој формулацији, како су ранији прописи говорили о степену душевне развијености. У домаћој теорији не постоји јединствен приступ тумачењу овог појма. Једни сматрају да је у питању пандан урачунљивости из општег кривичног права, тако да она обухвата способност малолетника да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима,²² док други то негирају, наводећи да зрелост, као околност релевантна за одмеравање малолетничког затвора, представља тзв. општу, а не посебну зрелост (урачунљивост) као основ кривице.²³ Квалификативи општа и посебна недвосмислено

22 О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005. године, стр. 85, Љ. Лазаревић, М. Грубач: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд 2005. године, стр. 54.

23 Изричито наведено у Д. Дракић: *О кривичној одговорности малолетника*, Сремски Карловци, Нови Сад, 2010. године, стр. 52, мада се и за неке ауторе може посредно закључити да заступају овај став, видети Љ. Радуловић: *op. cit.* 1, стр. 155. Постоји и трећа група теоретичара, која само наводи релевантне околности, не упуштајући се

указују на појмове различитог обима. Отуда се општа зрелост односи на личност као целину, тј. „на степен развијености органа и психичких функција конкретног малолетника у релацији са социјалном средином у којој се налази“.²⁴ Чини се да је друго гледиште прихватљивије, посебно на основу систематског тумачења. Ако се пође од претпоставке кохерентности система кривичног права, поставља се питање зашто би законодавац два пута увео урачунљивост у процес одмеравања, и то прво кроз околност зрелости, а потом кроз околност степена кривице, чији је конститутивни елемент? Чак и уз претпоставку да је зрелост, у смислу малолетничке урачунљивости, специфична и различита од урачунљивости одраслих, опет не би било оправдања, јер би као таква нужно улазила у појам кривице, због логичког принципа *lex specialis*. Међутим, оно што можда збуњује правнике, не збуњује и психијатре, који су као стручњаци позвани да се о овом питању изјашњавају. Тако се у форензичкој психијатрији изричито наглашава да се код старијих малолетника, осим давања мишљења о био-психо-социјалној зрелости, вештак изјашњава и о способности схватања значаја дела и способности управљања својим поступцима, чиме се јасно издвајају (општа) зрелост и урачунљивост.²⁵ Непосредна последица описаног концепта опште зрелости логично доводи до тога да се она не посматра у односу на кривично дело нити се испитује у односу на време његовог извршења, већ у оквирима свеукупног понашања и у ширем временском интервалу. Насупрот томе, сви теоретичари који тврде да су зрелост и урачунљивост синоними, у складу са општеприхваћеним ставом, инсистирају на томе да се она процењује *tempore criminis* и у односу на учињено кривично дело.²⁶ Како се чини оправданијим поимање зрелости у ширем смислу, требало би упозорити суд на опасност од расплињавања у тој општости. Испитивање и најситнијих сегмената нечијег био-психо-социјалног профила је непотребно, те би све оно што нема никаквог додира са проценом остваривања сврхе кажњавања требало да буде изван судског интересовања.

Друга посебна околност јесте време потребно за васпитање и стручно оспособљавање. Евидентна је интервенција и код ове околности како је, у односу на ранију формулацију, изостављен термин преваспитање.

у проблеме тумачења, као С. Кнежевић: *op. cit.*, стр. 88, Д. Јовашевић: *op. cit.* 2, стр. 154, или М. Шкулић: *Малолетничко кривично право*, Београд, 2011. године, стр. 307.

24 Д. Дракић: *op. cit.*, стр. 52, а раније и М. Сингер: *Кривично право и криминологија*, Загреб, 1992. године, стр. 205.

25 Б. Крстић: *Судска психијатрија*, Ниш, 1996. године, стр. 166, З. Ћирић: *Судска психијатрија*, Ниш, 2013. године, стр. 297. и др.

26 О. Перић: *op. cit.* 2, стр. 85, Љ. Лазаревић, М. Грубач: *op. cit.*, стр. 54.

Иако би се, без осећаја за језичке финесе, могло помислити да су у питању синоними, то ипак није тако. „Преваспитање“ нужно подразумева претпоставку мање или веће присутности, укореењености негативних и неприхватљивих ставова и навика, док је „васпитање“ за нијансу неутралније, мање наглашава поменути стигматизирајућу претпоставку. Па опет, са или без речи „преваспитање“, ова околност свакако истиче у први план специјално-превентивни карактер малолетничког затвора. У неку руку, инсистирање на трајању казне само у оном временском периоду неопходном за васпитање и стручно оспособљавање малолетника, говори на посредан начин о рангирању значаја околности предвиђених у члану 54. КЗ-а. Отуда се на врху листе налазе околности везане за малолетног учиниоца, чији утицај на казну треба да буде доминантнији од утицаја осталих фактора.²⁷

4. Специфичности општих олакшавајућих и отежавајућих околности из Кривичног законика

Законски каталог олакшавајућих и отежавајућих околности на прво место ставља степен кривице. За појам кривице у Закону о малолетним учиниоцима не постоје нека издвојена, специјална правила, тако да се претпоставља да и овде важе општа из члана 22. Кривичног законика.²⁸ То би значило да је неопходно да је малолетник био урачунљив, да је поступао

27 Насупрот томе, када су пунолетни учиниоци у питању, у процесу редовног одмеравања казне највећи значај има јачина повреде или угрожавања заштићеног добра. Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2011. године, стр. 258.

28 Иако представља дигресију, требало би указати на опрезан, несигуран или недовољно профилисан став законодаваца о питању места и улоге кривице у малолетничком праву. Она се изричито помиње као услов за изрицање малолетничког затвора, и то у једном квалификованом, високом степену. Код васпитних мера то није случај, те кривицом није условљено нити њихово изрицање нити дужина трајања. И процесно правило да се у решењу, којим се изриче васпитна мера, малолетник не оглашава кривим, потврђује горе наведену тезу. Такође, терминолошка анализа основних одредаба, по којима се Закон примењује на „*малолетне учиниоце кривичних дела*“ (чл. 1. ЗОМУКД), односно, искључује примена закона према „*лицу које у време извршења противправног дела, у закону предвиђеног као кривично дело, није навршило четрнаест година*“ (чл. 2. ЗОМУКД), сведочи о томе да се је за полазну основу узет појам кривичног дела из КЗ-а, са кривицом као конститутивним елементом. Како то сада ускладити са правилом да кривица не утиче на изрицање васпитних мера? Укратко речено, никако, јер је израз недоследности законодавца, која тражи неке будуће корекције *de lege ferenda*, било предвиђањем кривице као услова за изрицање васпитних мера, било брисањем кривичног дела из одредаба о васпитним мерама и његовом заменом противправним делом које је у закону одређено као кривично дело.

са умишљајем или из нехата, као и да је свестан или је био дужан и могао бити свестан забрањености свога дела. Урачунљивост, или зрелост у ужем смислу, подразумевала би психички капацитет малолетника на основу којег је био кадар да схвати значај свог дела у природно-каузалном смислу, као и да обузда подстреке који су га гонили ка извршењу дела. Језиком психологије речено, она би обухватила интелектуалну и емоционалну зрелост, а у случају сексуалних деликата и психосексуалну зрелост.²⁹ Умишљај и нехат, као и свест о забрањености имали би, такође, уобичајно значење. Међутим, да ли је све баш тако једноставно? Изгледа да није, јер је законодавац као услов за изрицање малолетничког затвора поставио висок степен кривице.³⁰ Следствено томе, сваки облик психичког садржаја који није компатибилан са високим степеном кривице, никада неће ни ући у процес одмеравања казне пошто ће, уколико се појави, аутоматски искључити изрицање малолетничког затвора као опцију. Суд ће тада бити принуђен да бира нешто друго из расположивог регистра кривичних санкција за малолетнике. Да би се омеђило потенцијално поље кретања суда, неопходно је поћи редом, прво, од урачунљивости и могућности њеног градирања. Потпуна урачунљивост и висок степен кривице „иду под руку“ и у томе нема ничег спорног, али шта је са смањеном и битно смањеном урачунљивошћу? И овде су мишљења подељена, од става да је већ и смањена урачунљивост потпуно неспојива са високим степеном кривице.³¹ Како смањена урачунљивост не представља монолитну категорију, већ се да нијансирати, може се закључити да она није у стању да увек анулира висок степен кривице, посебно не у случају незнатног смањења. Са друге стране, изражена је сагласност да се код малолетника висок степен кривице не може изградити на битно смањеној урачунљивости.³² Тиме

29 С. Хрњица: *Општа психологија са психологијом личности*, Београд, 2003. године, стр. 202-207.

30 Претпоставке за изрицање малолетничког затвора су следеће: да се ради о старијем малолетнику, да је у питању кривично дело за које је прописана казна затвора тежа од пет година, и да није оправдано, управо због високог степена кривице, као и природе и тежине кривичног дела, изрицање васпитне мере (чл. 28. ЗОМУКД).

31 О. Перић: *op. cit.* 2, стр. 86. и надаље, Љ. Радуловић: *op. cit.* 1, стр. 151, до потпуно супротних тврдњи Д. Дракић: *op.cit.*, стр. 57.

32 Правило је прихваћено и у судској пракси: „Битно смањена урачунљивост малолетника у конкретном случају искључује могућност постојања високог степена кривице. Наводи провостепеног суда да је имао у виду стање битно смањене урачунљивости малолетника у време извршења кривичног дела, али да то стање није узео у обзир управо због тежине и околности кривичног дела, из чега изводи закључак да је код малолетника постојао висок степен кривичне одговорности, не могу се прихватити као засновани на закону. Ово стога што је за могућност изрицања малолетничког затвора неопходно постојање високог степена кривице малолетног учиниоца кривичног дела, а његова

је још једном подвучена специфичност категорије малолетника, како код пунолетних учинилаца битно смањена урачунљивост не води нужно искључивању умишљаја. У том смислу, умишљај може да компензира мали степен урачунљивости и утиче на то да степен кривице буде висок, уз претпоставку постојања свести о противправности. Оно што би, такође, требало нагласити јесте да се урачунљивост пунолетних претпоставља (иако је претпоставка оборива), док се урачунљивост малолетника мора доказати. То је једноставно последица њиховог основног обележја, развоја који још увек траје, а не последица претпоставке да постоји неки облик патологије.

Нема дилеме да се на основу утврђеног умишљаја може донети закључак о високом степену кривице. За разлику од тога, нехатно поступање се, углавном, посматра као њен антипод. Поједини аутори истичу да пракса демантује поменут став, јер се некада иза нехата крију безобзирност, бахатост, крајња незаинтересованост и потпуна неодговорност малолетника према добрима других.³³ То значи да се приликом степеновања кривице суд, по правилу, бави умишљајем, а само у изузетним случајевима и нехатом. Не сме се изгубити из вида да ређе бављење нехатом потиче и од мање бројности ових дела, што је у вези са малолетничким затвором и додатно сужено условом о прописаној казни (дело за које је прописана казна тежа од пет година). Међутим, поједини теоретичари упозоравају да нехат не би требало повезивати са могућношћу изрицања малолетничког затвора, пошто би то представљало „искорак од рестриктивног приступа у кажњавању малолетника ка екстензивном тумачењу, што свакако код ове санкције није пожељно“.³⁴

Постојање свести о забрањености дела код малолетника се темељи на тзв. моралној и социјалној зрелости. Морално зрела особа је свесна друштвених захтева и очекивања и способна је да им се повинује, али не због страха од некакве санкције, већ зато што је увиђа бенефите тог повиновања, како за њу саму тако и за остале.³⁵ Социјална зрелост говори о способности малолетника да се друштвено интегрише, тј. успостави успешну релацију на нивоу индивидуа – група.³⁶ Сама свест о противправности нема некакво другачије значење и треба је схватити уобичајно, као лаичку представу.

битно смањена урачунљивост у конкретном случају искључује висок степен кривице ...“. Решење Врховног суда Србије, Кж. 27/2002 од 26. фебруара 2002. године.

33 Д. Дракић: *op.cit.*, стр. 57, С. Кнежевић: *op.cit.*, стр. 84.

34 Љ. Радуловић: *op.cit.* 1, стр. 151.

35 С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 207.

36 С. Хрњица: *op. cit.*, стр. 204.

Оно што је специфично јесте потреба за већим степеном опреза при њеном утврђивању, јер се овде ипак ради о малолетнику. Конституција његове личности може довести до тога да је њему, у поређењу са пунолетном особом, много теже да дође до спознаје о противправности неког понашања. Али, да би се добила правилна слика, у целу причу треба увести и податке о најчесталијим деликтима које малолетници врше. Статистика говори да су на првом месту кривична дела против имовине, јавног реда и мира, живота и тела.³⁷ Њихова општепознатост даје висок степен извесности претпоставке о малолетнику као подобном адресату норме, што се са сигурношћу не би могло тврдити за неке друге инкриминације, посебно из споредног законодавства.

У одмеравању казне малолетничког затвора своје место имају и мотиви, пошто доношење суда о кривици, какво је неопходно при избору мере ове казне, једноставно не би било комплетно без њиховог сагледавања. Такође, не треба заборавити ни да мотиви доприносе и „склапању“ опште етичке слике о личности било ког, па и малолетног учиниоца.³⁸ Природа овог излагања налаже издвајање оних мотива за које се да претпоставити да се неупоредиво чешће могу појавити код малолетника, него код одраслих лица. Типичан пример су тзв. авантуристички мотиви, који настају услед погрешног васпитања или васпитне запуштености, због којих се малолетник поистовећује са негативним моделима понашања: „Претерани утицај шунд литературе и филмова, чији су главни јунаци снажни, моћни, велики борци, добро наоружани, богати и изузетно динамични, има снажно импресивно дејство на младе, чија је стварност и свакодневица другачија,

37 Илустрације ради, у 2014. години је (у време настанка рада подаци за 2015. годину још увек нису били обрађени, прим. аут.) од укупно 2034 осуђена малолетника, њих 1203 учинило неко од дела против имовине, 286 против јавног реда и мира, а 184 против живота и тела. На листи следе: дела против здравља људи (141), полне слободе (48), слобода и права (38), безбедности јавног саобраћаја (33), брака и породице (21), државних органа (15), животне средине (12), опште сигурности људи и имовине (12), правосуђа (9), правног саобраћаја (9), части и угледа (2), привреде (2), изборних права (1), безбедности рачунарских података (1) уставног уређења и безбедности (1), док је шеснаесторо осуђено за дело из споредног кривичног законодавства, без детаљније назнаке о којим делима се ради. Подаци наведени према *Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Саопштење бр. 191, год. LXV, од 15.07.2015. године*, Републички завод за статистику, Београд, 2015. године, стр. 5-6.

38 Отуда не чуди што је њихов значај на више места истакнут у оквирима малолетничког кривичног права. Тако се мотиви морају узети у обзир при избору васпитне мере. Оно што овде збуњује јесте то што се сматра да основ изрицања васпитних мера није кривица, те испада нелогично инсистирање на мотивима. По нашем мишљењу, ово је још један од доказа да законодавац није потпуно рашчистио питање места кривице у систему малолетничког кривичног права.

суморна, препуна сиромаштва и оскудице. Динамичност, бљештави сјај, богатство, раскош, аутомобили, лепе жене делују фасцинантно, у преносном смислу речи, хипнотички и на децу из сиромашних радничких барака и влажних подстанарских собица, као и на распуштену и обесну младеж богатих родитеља, од којих су све добила осим љубави, радних навика и скромности³⁹.³⁹ Авантуристички мотиви могу се реализовати кроз најразличитије облике недозвољеног понашања, а како воде стварању једне грубе и нерафиниране хедонистичке животне оријентације, најчешће усмеравају малолетника на имовински криминалитет. Поред авантуристичких, требало би поменути и хулиганске мотиве, који у одређеном броју случајева чине психичку позадину насилничког понашања, учествовања у тучи, угрожавања сигурности, тешких телесних повреда, убистава и сличних кривичних дела. У психологији не постоји општеприхваћено објашњење хулиганских мотива – једни сматрају да су то мотиви потекли из потребе да се испразни накупљена негативна енергија; други да је у питању комплексни мотив, настао здруживањем злобе, освете и љубоморе; трећи говоре о садистичкој тежњи за доказивањем и самодоказивањем кроз манифестовање надмоћи над другима.⁴⁰ У сваком случају, појава оваквих мотива сведочи о постојању негативног и непожељног вредносног система, о чему би требало повести рачуна приликом одмеравања малолетничког затвора, јер од дубине њихове укоренености зависи време потребно за васпитање. Поред наведених, за малолетнике су карактеристични и мотив социјалне и психичке компензације, где се дело врши у циљу компензације стварних или умишљених неуспеха и недостатака, статусни мотив, мотив забаве и мотив осветољубивости.⁴¹

Прихваћено схватање да јачина повреде или угрожавања заштићеног добра означава последицу кривичног дела у њеном оствареном, конкретном виду, генерисало је извесне дилеме у односу на малолетнички затвор. Само по себи, оно није узимано за спорно, али је изазивало проблем у контексту старих услова за изрицање малолетничког затвора. Тако су „*тешке последице дела*“ поделиле теоретичаре и практичаре, на оне који су сматрали да малолетнички затвор аутоматски отпада ако је дело остало у покушају, и оне који су покушавали да изнађу неки, и то веома дискутабилан, аргумент за његову примену. Већина је била приклоњенија тумачењу да у овом случају малолетнички затвор није на списку алтернатива, мада је сматрала

39 Б. Симоновић: *Криминолошки, кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти мотива кривичног дела*, докторска дисертација (необјављена), Крагујевац, 1991. године, стр. 585-586.

40 Б. Симоновић: *op. cit.*, стр. 534-535.

41 М. Шкулић: *op. cit.*, стр. 61.

да то није увек криминално-политички оправдано, те је заговарала интервенцију *de lege ferenda*.⁴² Законом о малолетним учиниоцима извршено је редефинисање, тако што је уместо формулације „*тешке последице дела*“ употребљена „*природа и тежина дела*“ (чл. 28. ЗОМУКД), чиме је условио дат сасвим нови, шири смисао. Стара дилема више није актуелна, с обзиром да се ова одредба, тумачи тако да је малолетнички затвор могуће изрећи и када је дело довршено и када је остало у покушају.⁴³

Када су у питању околности под којима је дело учињено, чине се значајним две ствари. Прво, малолетнику је, у поређењу са нормалном одраслом особом, много теже да одоли „зову погодне прилике“. Психичке карактеристике личности у формирању отежавају одупирање импулсима и контролу понашања. Друго, сличне ефекте може остварити и утицај других лица, било да су у питању родитељ, неко у кога малолетник има поверења или група вршњака. Малолетници су много поводљивији и неотпорнији на деловање других, независно од тога како се оно испољава, у виду некакве пресије или само кроз представљање могућих користи од извршења дела. Када се ради о делу које је учињено у групи, не треба изгубити из вида да некада у њему учествује и малолетник који аутентично и није посебно „загрејан“ за то, али не би ни да одустане ни да одбије учешће, јер би онда био предмет омаловажавања, подсмеха и одбацивања, а то неке ко се још увек тражи и тражи своје место у друштву изгледа много трагичније него одраслима.

Из комплекса ранији живот, исто као и код пунолетних учинилаца, треба издвојити ранију осуђиваност или неосуђиваност. У том смислу се неефикасност раније изречене васпитне мере посматра као један од показатеља да је неопходно изрећи малолетнички затвор, док постојање раније осуде на малолетнички затвор има карактер отежавајуће околности. Давање података из казнене евиденције о осудама на казну малолетничког затвора регулисано је позивањем на члан 102. ст. 2. Кривичног законика (чл. 34. ЗОМУКД). Подаци о изреченим васпитним мерама могу се дати само суду, јавном тужилаштву и органу старатељства (чл. 27. ст. 1. ЗОМУКД). При томе, не могу се давати подаци о васпитним мерама изреченим за кривична дела за која је је прописана новчана казна или казна затвора до три године, ако је лице на које се подаци односе навршило двадесет једну годину.

42 О. Перић: *Коментар кривичноправних прописа о малолетницима, прописи СРЈ, РС и ЦГ*, Београд, 1995. године, стр. 47.

43 О. Перић: *op. cit.* 2, стр. 87.

Узраст и опште карактеристике малолетничке популације диктирају и извесну спецификацију или моделовање личних прилика. Тако се из овог корпуса посебно издвајају и добијају прворазредни значај оне околности које владају у примарној породици малолетника. Насупрот томе, у занемарљивом броју случајева у процес одмеравања казне могу бити уведене брачност, својство родитеља или чињеница да је малолетник у радном односу. Мала заступљеност ових појава у малолетничкој популацији статистички смањује вероватноћу да ће оне утицати на избор казне. Карактеристике малолетника не воде само маргинализовању појединих чињеница, него и ка увођењу неких које се, по правилу, ређе везују за пунолетна лица, као што је чињеница да се учинилац налази на редовном школовању.

У етиологији малолетничког криминалитета је познато да од свих социјалних чинилаца најзначајније место има породица као микросоцијални фактор.⁴⁴ У том смислу, пажња суда треба да буде усмерена на то да ли учинилац потиче из дефицијентне или деградиране породице. Дефицијентна, непотпуна породица, најчешће због развода родитеља, може да изазове емоционалну несигурност, фрустрирајуће осећаје отуђености и одбачености, који веома често продукују деструктивне форме понашања. Много јаче негативно дејство остварује деградирана породица, обележена лошом атмосфером, нарушеним односима између чланова у различитим комбинацијама, уз често присуство неког облика социјалне патологије код родитеља (алкохолизам, наркоманија, проститиција, коцкање или бављење криминалом). Постојање сталне тензије, сукоба, свађа, физичког и психичког насиља компромитује процес социјалне адаптације. Родитељи, као негативни узор, у великој мери доприносе стварању негативних личних својстава, тежњи и схватања код малолетника. Посебан облик ове породице је тзв. криминогено породично огњиште, када родитељи активно подстичу своју децу на делинквентно понашање и обучавају их у том правцу.⁴⁵ У екстремним случајевима родитељи примењују принуду, како би нагнали своје дете на вршење кривичних дела, али се правни значај ове појаве не остварује кроз одмеравање казне, него кроз неке друге институте кривичног права. Асоцијаност и васпитна запуштеност, као последице описаних породичних прилика, иако се не могу ставити на терет малолетнику, непосредно утичу на време потребно за његово васпитање. Ако се „проблематичне“ породице оставе по страни, улогу релевантне околности може одиграти и изостанак родитељске контроле, који чак

44 С. Константиновић Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *Криминологија*, Ниш, 2009. године, стр. 229.

45 С. Константиновић Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 230.

и не мора да има трајнији и дубљи карактер, довољно је да је допринео настанку дела.

Поред породице, значајан фактор социјализације представља и школа. Школска средина је, у том смислу, једна од примарних група у којима се формира личност малолетника. Несумњиво је да позитивно понашање испољено у школи, редовно похађање, неконфликтни однос према другима, испуњавање школских обавеза и слично, сведоче о социјалној адаптираности. Све то ће, међутим, ретко доћи у обзир при одмеравању казне, како емпиријска истраживања показују да су малолетници у сукобу са законом, готово по правилу, и „у сукобу са школом“.⁴⁶ Резултати проучавања говоре да слаб успех, понављање, бежање из школе, лош однос са школским друговима, неприхватање и непоштовање ауторитета наставника чине типичну предделиктну слику малолетног преступника. Овакав однос према школи и образовању се испољава као још један од аспеката запуштености.

Следећа из законског регистра је околност под називом држање учиниоца после учињеног дела и она нема неке посебне специфичности, које би дошле у обзир код одмеравања казне малолетничког затвора. Једино што се може приметити да статус малолетника, који подразумева и то да ова лица углавном нису у радном односу и немају сопствене приходе или имовину, може да умањи њихове финансијске капацитете за надокнаду штете жртви, чак и када за то постоји жеља.

Имовно стање је једина потпуно ирелевантна чињеница са листе из Кривичног законика. Како је изричито везана за одмеравање новчане казне, логично следи да потпуно је беспредметно говорити о њој у контексту малолетничког затвора.

Требало би поменути и на посебну околност за одмеравање казне за кривична дела учињена из мржње, уведена новелама КЗ-а из 2012. године,⁴⁷ мада кратко време од њеног увођења не оставља простор за осврт о практичној примени у нашој судској пракси. Поједина страна искуства упућују на претпоставку да би се она релативно често могла наћи у процесу редовног одмеравања. Тако је, на пример, у Немачкој утврђено да је чак 30%

46 С. Константиновић Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *op. cit.*, стр. 375, и Љ. Радуловић: *Функција образовања у сузбијању малолетничког криминалитета*, Страни правни живот, бр. 1/2010, стр. 161.

47 Ако је кривично дело учињено из мржње, због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност суд ће ценити као отежавајућу околност, осим ако она није прописана као обележје бића кривичног дела (чл. 54а КЗ-а).

учинилаца кривичних дела из мржње у време извршења дела имало шестнаест-седамнаест година, као и да је чак две трећине њих млађе од двадесет година, а нешто слично је потврђено и у истраживањима спроведеним у САД.⁴⁸ Штавише, поједине облике злочина мржње, попут тзв. злочина из забаве, по правилу врше малолетници и то најчешће у групи, према до тада непознатој жртви, како би прекинули досаду или стекли признање „истомишљеника“.⁴⁹

5. Закључне напомене

У претходном излагању објашњено је како се тумаче посебне околности и у чему је специфичност општих олакшавајућих и отежавајућих околности из Кривичног законика. Међутим, да би се добила потпунија слика о одмеравању, потребно је укратко извршити анализу политике изрицања кривичних санкција према малолетницима. Она показује да се судови за малолетнички затвор изузетно и ретко опредељују, бирајући преваходно васпитне мере. Чак би се могло рећи да је његова заступљеност у структури изречених санкција минорна, пошто се углавном креће око једног процента,⁵⁰ чиме се јасно потврђује став да игра улогу „резерве“, која долази у обзир само ако су исцрпљене остале могућности, што никако не умањује значај проблема одмеравања малолетничког затвора, управо због осетљивости овог питања. Поред тога, подаци из посматраног периода говоре да судови малолетнички затвор најчешће изричу у трајању преко шест месеци до две године, дакле, користећи доњу половину расположивог распона, као што се може видети из табеле која следи.⁵¹

48 М. Павловић: *Специфичне карактеристике учинилаца и жртава злочина мржње*, Зборник радова, бр. 3/2009, стр. 332.

49 М. Павловић: *op. cit.*, стр. 327.

50 Прецизни подаци за период од 2005. до 2014. године изгледају овако: 0,77%, 0,48%, 1,58%, 1,37%, 1,71%, 0,52%, 0,99%, 0,15%, 0,51% и 2,02%. Заступљеност рачуната на основу података из публикација *Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде*, Билтен бр. 588, Републички завод за статистику, Београд, 2014. године, стр. 49. и *Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Саопштење бр. 191, год. LXV*, од 15.07.2015. године, Републички завод за статистику, Београд, 2015. године, стр. 3.

51 *Малолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења и осуде*. Билтен бр. 588, Републички завод за статистику, Београд, 2014. године, стр. 49.

година	малолетнички затвор у трајању преко 5 до 10 година	малолетнички затвор у трајању преко 2 до 5 година	малолетнички затвор у трајању преко 1 до 2 године	малолетнички затвор у трајању преко 6 месеци до 2 године	укупно
2005	2	1	-	4 (57,1%)	7
2006	4	3	-	10 (58,8%)	17
2007	1	4	-	25 (83,3%)	30
2008	1	7	-	9 (52,9%)	17
2009	2	4	-	13 (68,4%)	19
2010	-	1	-	4 (80%)	5
2011	1	5	-	7 (53,8%)	13
2012	-	-	-	2 (100%)	2
2013	3	2	-	3 (37,5%)	8
2014	-	4	-	2 (33,3%)	6

На крају, може се поставити питање шта очекивати убудуће у политици кажњавања малолетника, посебно када се узме у обзир чињеница да у нашој теорији постоје веома различити предлози, и то не само у односу на ову казну, него и на читав систем санкција за малолетнике. Неки од њих би могли да утичу на ширу употребу малолетничког затвора, попут предлога да се он предвиди и за млађе малолетнике, ако је учињено дело за које је забрањена казна затвора од 30 до 40 година,⁵² мада се њихова реализација чини мање вероватном. Реалније је обогаћивање система новим санкцијама, што могло би да резултира опадањем коришћења малолетничког затвора, управо због улоге „последњег средства“. Ако има више алтернатива, логично је да ће казна ређе долазити на ред. Евентуално увођење новчане казне, која већ постоји у Закону о прекршајима, позната је у упоредном малолетничком кривичном праву, а има своје утемељење и у међународним актима, као и условне осуде,⁵³ могло би да води управо у назначеном правцу, под условом да се ништа значајније не промени у кретањима малолетничког криминалитета.

52 О. Перић, Н. Милошевић, И. Стевановић: *Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији*, Београд, 2008. године, стр. 160-161.

53 Више о томе у Е. Ђоровић: *Неке правнотеоријске дилеме у кажњавању малолетника*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1/2013, стр. 49-62. и М. Шкулић: *op. cit.*, стр. 166.

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

JUVENILE PRISON:

Remarks on the specific characteristics of regular sentencing in the Serbian law

Summary

The system of the juvenile criminal law in the Republic of Serbia includes different mechanisms of social response to juvenile delinquency, including corrective orders, corrective measures and juvenile prison. This paper deals with the issue of determining a relevant sentence for juvenile offenders in trial proceedings. The legislator has provided a number of guidelines for these proceedings: the specific range of the juvenile prison sentence, the purpose of punishment, the degree of maturity of a juvenile offender, the time needed for his/her educational and vocational training, and all relevant circumstances envisaged in Article 54 of the Criminal Code. The previous statement reveals the focal points of examination and structural organization in this article, whose purpose is twofold: first, to explain the effect of the subject-specific legal provisions (aggravating and mitigating circumstances) envisaged in the Act on Juvenile Criminal Offenders and Protection of Juveniles in Criminal Law and, second, to establish how the general provisions from the Criminal Code are applied in this case, with special emphasis on their specific manifestations.

Key words: *juvenile prison, purpose of punishment, framework of punishment, aggravating and mitigating circumstances.*

ПРЕСТАНАК ПОКЛОНА МИМО ТРАДИЦИОНАЛНИХ РАЗЛОГА ЗА ОПОЗИВАЊЕ

***Апстракт:** Када се ради о престанку уговора о поклону, доктрина највише пажње поклања разлозима који се јављају искључиво код поклона, као што су незахвалност поклонопримца или накнадна оскудица поклонодавца. Ти разлози регулисани су посебним правилима, и она важе само за поклон. Са друге стране, у свакодневной пракси се дешава да поклон престаје по општим правилима намењеним свим уговорима. Споразумни раскид поклона је најчешћи такав случај. Поред њега, поклон престаје и услед једностраног раскида од стране поклонодавца, зато што је осиромашео пре испуњења или зато што је поклонопримца у доцњи, као и због промењених околности. На крају рада су приказана нова решења из DCFR која омогућавају и поклонопримцу да раскине поклон и то из разлога карактеристичних за теретне послове, тј. због несаобразности предмета поклона.*

***Кључне речи:** поклон, промењене околности, доцња, несаобразност, раскид уговора.*

Увод

Поред специфичних разлога за престанак поклона, као што су оскудица и незахвалност, он престаје и по правилима важећим за уговоре уопште. Међутим због посебности поклона, ови „уобичајени разлози“ ипак имају исходе који захтевају детаљнији приказ. Те ситуације најчешће су предмет општег дела уговорног права, мада је оно преваходно скројено за теретне уговоре. Зато су се и у законодавству и у судској пракси појавиле неке нове идеје и теорије (нпр. опозивање на поклонопримчев захтев због несаобразности предмета поклона). Поклон лако престаје на основу споразума, или нешто теже након једностраног раскида ако су испуњени одређени услови. Да би се неки од поменутих случајева теоријски објаснили, нужно је позивање на апстрактне појмове као што

је кауза, односно ослањање на концепте превасходно намењене двострано-обавезујућим уговорима. Постоје чак и тежње да се прописивањем конкретних поклонопримчевих обавеза измени традиционални једнострано-обавезујући карактер поклона.

1. Споразумни раскид

Уколико је поклон закључен као консенсуалан уговор, може престати споразумом уговарача, после закључења а пре испуњења.¹ Поклонодавац се ослобађа обавезе. Ако је закључен као реалан уговор, не може се говорити о споразумном раскидању, већ о закључењу новог уговора о поклону између истих лица, са промењеним улогама, односно о повраћају по том основу. Споразумни раскид делује *pro futuro*.² Чини се да су уместо „консенсуалан уговор“ и „реалан уговор“, адекватнији термини „писани уговор“ и „поклон закључен предајом“ или „ручни поклон“.

Специјална врста споразумног раскида постоји када је уговором остављена опција једној страни да својом вољом уговор раскине. Заправо у том случају, страна која такву привилегију даје сауговарачу, већ је дала позитивну изјаву у погледу споразумног раскида, а опстанак уговора је у дискрецији привилегованог. Ово питање је у вези са принципом специјалне неопозивости. По једном мишљењу, уговарачима је омогућено да предвиде могућност раскида поклона од стране поклонодавца и без икаквог разлога.³ Уговарачи могу уговорити право поклонодавца да пре извршења једнострано раскине уговор по слободној вољи.⁴ Судови ову могућност дозвољавају ако је орочена. У том смислу у једној пресуди стоји: „Није допуштено уговарање права на једнострани раскид уговора у корист једне уговорне стране, без временских ограничења.“⁵

М. Ђурђевић је опрезнији, таква клаузула би била пуноважна ако није супротна јавном поретку, а раскид делује убудуће.⁶ М. Мијачић сматра да принцип слободе уговарања допушта уговарачима да у самом уговору предвиде могућност једностраног раскида из тачно одређеног разлога, нпр. пуноважна је одредба о повраћају ако поклонопримац умре пре

1 Илија Зиндовић, Облигационо право - посебни део, Посебни део, Београд, 2010, стр. 79.

2 Мирса Мијачић, Облигациони уговори, Ниш, 1990, стр. 66.

3 Богдан Лоза, Облигационо право, Посебни дио, Зеница, 1983, стр. 78.

4 Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, Београд, 2010, стр. 174.

5 Врховни суд БиХ, Рев. 667/86 од 28.9.1987, Билтен ВС БиХ 4/87. Извор: Драгољуб Лазаревић, Уговор о поклону, стр. 174.

6 Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, Београд, 2012, стр. 218.

поклонодавца. Клаузула супротна јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима је неважећа. Неважећа је клаузула да поклонодавац има право на раскид ако поклонопримац отуђи поклоњену ствар или је завешта лицу које није његов законски наследник.⁷ Према томе, М. Мијачић је захтевнија, мада она говори о раскиду реализованог поклона (опозиву).

2. Раскид поклона од стране поклонодавца

Поклонодавчева могућност да раскине поклон има дубоке корене. У класичном периоду римског права, због могућности стављања приговора и других процедуралних средстава заснованих на *Lex Cincia*, поклонодавац је могао одбити испуњење преузете обавезе, а некад и извршити повраћај датог. Поклон се разликовао од осталих послова, код којих моментом закључења настају обавезе једнострано непроменљиве и неукидиве.⁸

Најстарије оружје поклонодавца је био приговор. Он је штитио од захтева за испуњење изнуђеног поклона, међутим није био од користи у ситуацији када је поклон већ предат. Заштиту је допунила кондикција омогућивши поклонодавцу да поврати реализовани поклон.⁹

Данас, у одсуству изричито уговореног права на раскид, поклон се може једнострано раскинути искључиво у случајевима предвиђеним законом. У наставку се дакле, описују случајеви који не спадају у круг традиционалних разлога за опозив.

2.1. Осиромашење поклонодавца пре испуњења

У римском праву развијен је приговор *Beneficium Competentiae*. Поклонодавац је могао одбити испуњење обавезе ако она превазилази његове материјалне могућности. Ко се по основу поклона обавезе, осуђује се на онолико колико може да плати.¹⁰ У случају поклона преузимањем туђег дуга, поклонодавац није имао ту погодност, јер би поклонопримчев поверилац био оштећен.¹¹

У швајцарском праву поклонодавац има право да раскине обећање поклона или одбије захтев за испуњење из три разлога: 1) због промене материјалне ситуације услед које је поклон постао изванредно тежак; 2)

7 Мирса Мијачић, Облигациони уговори, стр. 67.

8 Антун Маленица, Поклон у римском праву, Београд, 1981, стр. 82.

9 Ibid, стр. 64.

10 D. 39,5,12 (Ulp. 3 disp.). Извор: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest39.shtml>.

11 Антун Маленица, Поклон у римском праву, стр. 141.

због нових, знатно тежих породичних прилика; 3) због судске исправе о неизмиреним дуговима или отварања стечаја (чл. 250 CdO).¹² Раскид се остварује вансудски, изјавом поклонопримцу. Уговор престаје *ex tunc*. Ако се поклонопримац супротстави и тужи поклонодавца за испуњење, тек онда суд утврђује оправданост раскида.¹³ Раскидање поклона пре испуњења, због промењене материјалне ситуације, могло би се објаснити теоријом о прећутној клаузули *rebus sic stantibus*.¹⁴ Сваки уговор обавезује само ако околности остану исте. Претерани напори или издаци дају право на модификацију или евентуално раскид. Релевантна је само поклонодавчева оскудица након закључења уговора, уколико је она постојала и раније нема потребне промене.¹⁵ ГКРФ изгледа да нема одредбе о повраћају реализованог поклона због осиромашења, поклонодавац једино може ускратити испуњење под одређеним условима.¹⁶

У српском праву, поклонодавац који нема довољно средстава за живот или за издржавање лица које је по закону дужан да издржава, може раскинути уговор пре извршења (чл. 675 ПН / чл. 518 Скица).¹⁷ Осиромашење није само разлог за опозив, већ и разлог за једнострани раскид пре испуњења. У хрватском праву, поклонодавац има могућност да користи ово право једино до доспелости његове обавезе (чл. 492 ХЗОО).¹⁸ Ј. Чувељак сматра да ће, због временског ограничења, одустанак у пракси бити редак.¹⁹ *Veneficium competentiae* је оправдан јер се због осиромашења опозива и већ извршени уговор о поклону („ко може више, може и мање“).

2.2. Поклонопримчева доцња

Поверилац долази у доцњу ако без основаног разлога одбије да прими испуњење или га својим понашањем спречи. Дужник може предмет чинидбе депоновати код суда, трећег лица или продати. Поставља се питање да ли поклонопримац може запасти у поверилачку доцњу. Продаја

12 Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 220. CdO: Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Obligationenrecht, 1911.

13 Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 220.

14 Ова теорија традиционално важи за узајамне уговоре и служи да се заштити једнакост узајамних давања. Пошто код поклона нема еквиваленције, она је искључиво у служби поклонодавца.

15 Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 221.

16 ГКРФ: Гражданский кодекс Российской Федерации, 1994

17 ПН: Комисија за израду Грађанског законика РС, Преднацрт ГЗ РС, Београд, 2009.

18 Закон о обвезним односима (Народне новине, 35/05, 41/08 и 125/11).

19 Јелена Чувељак, Уговор о даровању (2006), Хрватска правна ревија, бр. 2/2006, стр. 13.

предмета поклона и депоновање новца најчешће не долази у обзир, јер то свакако није била намера поклонодавца. Када обавеза гласи на чињење, дужник има право да одустане од уговора.²⁰ Међутим, фасега се оспорава као предмет поклона.

DCFR прописује сасвим конкретне обавезе поклонопримца, што је свакако новина. Поклонопримац је дужан да прихвати поклоњену ствар и омогући пренос својине (IV.N. – 3:301). Ову обавезу испуњава предузимањем свих активности које се разумно очекују, како би омогућио поклонодавцу испуњење обавезе да ствар преда и пренесе право. Илустрација: Поклоњена је ловачка пушка. Поклонопримац је дужан да прибави дозволу за оружје, како би поклонодавац могао да испуни своју обавезу. Поклонопримац је дужан да обезбеди услове за пренос својине. Илустрација: Поклоњено је штене. Штене је вакцинисано и ветеринар је издао потврду о здрављу. Поклонодавац доноси штене поклонопримцу, али он одбија да га прими, чиме онемогућава поклонодавчево испуњење.²¹

Обим поклонопримчевих обавеза варира. Поклонопримац нема обавезу да прихвати поклоњену ствар и пренос својине у случају поклона једностраном изјавом поклонодавца. Са друге стране, обавеза поклонопримца у пословима „који нису потпуно бесплатни“, није ограничена само на прихват ствари и стварање услова за пренос својине, већ може бити шира.

У случају доцње поклонопримца, сходно се примењују општа правила DCFR: Одбијање ствари и Одбијање новца (III. – 2:111 и III. – 2:112, сходно IV.N. – 3:401). Поклонодавцу стоје на располагању и лекови због неиспуњења (Књига III, Поглавље 3). Он може депоновати или продати ствар. Илустрација: Лице Б не жели да прихвати поклоњени аутомобил. Поклонодавац А га може продати и исплатити поклонопримцу добијену цену. Ако Б не прихвата новац, примењују се правила о одбијању новца (III. – 2:112).²² Најзад, поклонопримчево ускраћивање сарадње је разлог за раскид. Поклонодавац може раскинути поклон по условима из члана „Раскид због неиспуњења“ (III. – 3:502), због грубе, намерне, безобзирне повреде поклонопримчевих обавеза. За разлику од случаја када поклонопримац раскида поклон (обрађен у наставку), овде нема реституције. Поклонодавац има и право на накнаду штете под посебним условима.

20 Јаков Радишић, Облигационо право, Општи део, Београд, 2004, стр. 336.

21 Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Munich, 2009, стр. 2855.

22 Ibid, стр. 2857. Тешко је оправдати оваква решења, јер нису у складу са друштвеном димензијом поклона.

Тешко је одредити правну природу ситуације када поклонодавац не може да испуни своју обавезу због понашања поклонопримца. Да ли се ту ради о дужничкој доцњи пошто су обавезе поклонопримца таксативно прописане, или о поверилачкој доцњи по општим правилима? Прихватање прве идеје значи да поклон није једнострано-обавезујући уговор, мада свакако не постаје синалагматичан.

2.3. Промењене околности

Клаузула *rebus sic stantibus* традиционално важи за теретне уговоре јер штити начело еквиваленције узајамних давања. Како поклон обележава нееквиваленција, утицај промењених околности на поклон не може се објаснити на класичан начин. Ако су у ПН одредбе о промењеним околностима систематизоване у делу о теретним уговорима (као у 300), онда не важе за поклон.²³ То је неправично, јер нема разлога да услед промењених околности поклонодавац ужива мању заштиту него нпр. продавац.

2.3.1. Упоредно право

У руском праву, поклонодавац има право да ускрати испуњење своје обавезе, ако се након закључења уговора, материјално, породично или здравствено стање поклонодавца променило у тој мери да испуњење обавезе у новим околностима значајно угрожава његов квалитет живота (стандард). Поклонодавац има право да ускрати испуњење и ако искрсну разлози из чл. 578 (Незахвалност), који регулише повраћај реализованог поклона. У наведеним случајевима поклонопримац нема право на накнаду штете због неиспуњења (чл. 577 ГКРФ). Дакле, није релевантно само осиромашење, него и неке друге околности (породично и здравствено стање). Ово флексибилније решење слично је резидуалном праву из DCFR, мада је тамо реч о опозиву тј. враћању, а овде о ускраћивању испуњења тј. раскиду.

Отвара се питање да ли је непредвидљивост нових околности услов да поклонодавац одбије испуњење. Поклонодавац који је могао да предвиди промену не треба да ужива ово право. Такође, треба узети у обзир да ли је до промене дошло намерно или грубом непажњом поклонодавца.²⁴

23 300: 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).

24 Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, *Review of Central and East European Law*, vol. 30, 1/2005, стр. 93.

Поред нових околности традиционално обухваћених клаузулом *rebus sic stantibus*, постоје и другачије промене које је неправично занемарити. Оне настају убрзо након закључења, па и реализације поклона. Након терористичког напада авионима на небодере у Њујорку, бројни поклонодавци (физичка и правна лица) из солидарности су поклонили фонду намењеном жртвама. У кратком року сакупљено је енормно много новца. Због таквог развоја, многи су желели да се део новца сачува за неку будућу катастрофу. Промењене околности (велики одзив добротвора) постале су очигледне убрзо након закључења, али није постојао начин да се прилози врате. Бројност поклонодаваца онемогућила је да се средства преусмере, јер су постојале различите идеје.²⁵

Релевантне су и промене дуго након реализације поклона. До њих долази обично након поклонодавчеве смрти. Услед промене, циљ уговора постаје бесмислен или неостварив. Фонд за финансијску помоћ ветеранима 2. светског рата у једном тренутку остаће без корисника. Поклон намењен дипломцима одређене школе постаће узалудан када се школа затвори. Поклон ради заштите угрожене врсте обесмишљен је ако она изумре. Као што у 19. веку Интернет био незамислив, тако данашњи добротвор не зна шта долази за 100 година.²⁶

У Србији је 2014. настала слична ситуација када су многобројним прилозима сакупљена значајна средства за помоћ девојчици која је умрла пре операције у иностранству. Јавно мњење било је врло заинтересовано за судбину неутрошеног поклоњеног новца. Такви поклони превазилазе личну сферу и указују на тешкоћу како јединствено регулисати хетероген друштвени однос какво је поклањање (у овом случају добротвори не познају поклонопримца, а поклања се углавном блиском лицу).

2.3.2. Домаће право

Око примене правила о раскиду или измени уговора због промењених околности (чл. 133 ЗОО) на уговор о поклону, домаћа судска пракса је неуједначена. У једној пресуди ВСС је одлучио негативно: „Могућност побијања уговора због промењених околности, у смислу чл. 133 у вези чл. 15 ЗОО, предвиђена је код двострано-обавезних уговора, када се ремети начело једнаке вредности узајамних давања. Како се код поклона ради о једнострано-обавезном уговору, он се не може побијати због промењених

25 Susan Gary, *The Problems With Donor Intent: Interpretation, Enforcement, and Doing The Right Thing*, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 85, 2010, стр. 1010.

26 *Ibid*, стр. 1011.

околности.²⁷ Реч „побијање“ је употребљена погрешно, реч је о раскиду. Међутим, постоје и супротне одлуке. Тако у једној стоји: „Тужилац је туженом поклатио непокретности, а тужени је по овом уговору исплатио тужиоцу одређени износ новца, да би тужилац откупио стан у којем је становао. Међутим, тужилац не само да није могао откупити наведени стан, јер није био носилац станарског права ни закупац, већ је из истог исељен. Нижестепени судови су закључили да је сврха наведеног уговора била решавање стамбених потреба тужиоца, који ту сврху није остварио, те стога има право да тражи раскид уговора због промењених околности. На овако утврђено чињенично стање правилно су судови применили материјално право (чл. 133 ЗОО) када су раскинули уговор о поклату, јер је тужилац био мотивисан да закључењем тог уговора откупи стан, што није успео. По наведеном пропису, ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине.“²⁸

Са једне стране, правило о раскиду због промењених околности важи само за двострано-обавезујуће уговоре. Ј. Радишић га обрађује у поглављу уџбеника о узајамним уговорима, а до истог закључка се долази системским тумачењем ЗОО, јер су чл. 133-136 о промењеним околностима у одсеку 5: „Двострани уговори“. Са друге стране, замисливе су ситуације где је оправдано и правично раскинути уговор о поклату због промењених околности. Осим тога, упоредно право прихвата такво решење, додуше уз одређена ограничења. Ту могућност треба оставити само за неиспуњен поклон. Опозивање реализованог поклату није прихватљиво.

3. Раскид поклату од стране поклатопримца

ЗОО предвиђа раскид због неиспуњења само код двострано-обавезујућих уговора. У случају дужничке доцње код узајамних уговора поверилац има право да одустане од уговора (чл. 124-132 ЗОО). Постаља се питање да ли ово право има и поклатопримац када поклатодавац доспе у дужничку доцњу. Теоријски посматрано, поклатопримац може, уколико поклатодавац

27 Врховни суд Србије, Рев. 4070/97 од 6.1.1998, Гордана Станојчић, Актуелна судска пракса из облигационог права, Београд, 2006, стр. 120.

28 Врховни суд Србије, Рев. 5083/96 од 29.1.1997, Актуелна судска пракса (2006), стр. 120.

не испуни своју обавезу, да раскине уговор због неиспуњења, мада за то не би имао никакав практични интерес.²⁹ Упоредно право и доктрина обрађују овај проблем доводећи га у везу са саобразношћу поклона. То је новина, јер се проблем саобразности првенствено везује за теретне уговоре.

Традиционално, поклонодавац не гарантује за материјалне и правне недостатке предмета поклона. Поклону се у зубе не гледа. Међутим, DCFR предвиђа велики заокрет. Обавезе поклонодавца су да: 1) преда ствар саобразну уговору; 2) пренесе својину. Ове обавезе важе и за плодове убране од тренутка доспелости поклонодавчеве обавезе да ствар преда (IV.Н. – 3:101).

Посебним чланом регулисана је саобразност поклоњене ствари (предмета поклона). 1) Предмет поклона није саобразан уговору ако нема особине које поклонопримац разумно очекује, осим ако је поклонопримац то знао или могао знати у моменту закључења. 2) При оцени разумних очекивања, узима се у обзир, поред осталих околности, нарочито: а) обим бесплатности; б) сврха поклона; в) да ли је ствар предата одмах након закључења или касније; г) вредност ствари; д) да ли је поклонодавац предузеће. 3) Ствар није саобразна уговору ако количински, квалитетом или изгледом одступа од оног што је уговорено (IV.Н. – 3:102). Илустрација 1: Уговорен је поклон црвеног аутомобила, испоручен је плави. Тада постоји несаобразност. Поклонопримчево очекивање да кочнице раде је разумно. Очекивање да аутомобил има „малу километражу“, није релевантно (због бесплатности (тачка а)). Ако је аутомобил поклон за дечије игралиште где ће служити као статична играчка, ни квар кочница није релевантан (сврха поклона (тачка б)).³⁰

Правни недостаци поклона уређени су, такође, посебним чланом (IV.Н. – 3:103). Предмет поклона није саобразан уговору када није слободан од права или основаног захтева трећег лица, сем ако је то поклонопримац знао или могао знати. Илустрација: Поклоњени аутомобил је закупило треће лице, и остаће у његовој државини до истека закупа.³¹

Ако поклонодавац не испуни уредно своје обавезе, поклонопримац располаже лековима за случај неиспуњења као и сваки други поверилац (Књига III, Поглавље 3), са одређеним модификацијама (IV.Н. – 3:201). У односу на прибавиоца из теретног уговора, његова права су ипак

29 Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр. 219.

30 Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2838-2840.

31 Ibid, стр. 2842.

ограничена. У случају несаобразности, поклонопримац нема право на замену или поправку ствари, нити може захтевати принудно испуњење неновчане обавезе када предмет поклона поклонодавац тек треба да прибави (IV.H. – 3:202). Зато поклонопримац из илустрације 1 нема право на поправку кочница, нити замену аутомобила.

Највећу новину представља решење да поклонопримац може раскинути уговор због несаобразности (IV.H. – 3:203). У двострано-обавезујућем уговору поверилац раскида уговор када дужник не испуни своју обавезу како би се ослободио сопствене. Раскид изазива гашење повериочеве обавезе, односно реституцију ако је она већ извршена.³² И код поклона, у одређеним случајевима постоји потреба се поклон врати поклонодавцу (дакле ово је престанак након испуњења поклонодавчеве обавезе, условно речено опозив на захтев поклонопримца). Можда поклонопримац жели да се отараси несаобразне поклоњене ствари и тако избегне повезане трошкове. Илустрација 1: Ујак је поклонιο сестрићу коња за приплод. Коњ је стерилан. Сестрић не жели да храни коња и хоће да га врати. Стерилитет представља несаобразност, сестрић има право да раскине поклон. Ујак је дужан да прихвати коња назад. Илустрација 2: Лице А поклони одређену робу лицу Б, за коју се испостави да је имитација тј. копија заштићене марке. Поклонопримац раскине уговор зато што не жели да сноси трошкове евентуалне заплене. А је дужан да прими робу назад.³³

У класичној теорији уговорног права уговор се раскида пре потпуне реализације. Иако је овде реч о престанку реализованог уговора, чини се да је ипак правилније говорити о раскиду него о „новом поклону где су улоге промењене“. И овде поклон рони постулате цивилистике, а варијације између ситуација превазилазе доступну терминологију.

Поред несаобразности, упоредно право познаје још неке случајеве када поклон престаје вољом поклонопримца. Прихват поклонодавчеве понуде треба разликовати од пријема предмета поклона, неприхватање понуде није исто што и одбијање пријема предмета поклона. У руском праву регулисано је одбијање поклонопримца да прими поклоњену ствар (чл. 573 ГКРФ). 1) Поклонопримац може одбити поклон до тренутка преноса права (предаје ствари). У том случају, уговор се сматра раскинутим. 2) Уколико је уговор о поклону закључен у писаној форми, одбијање поклона је у истој форми. Уколико је уговор о поклону регистрован, одбијање поклона се такође региструје. 3) Ако је уговор о поклону закључен у писаној форми,

32 Ови разлози код поклона не постоје.

33 Christian von Bar, Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, стр. 2848-2849.

поклонодавац има право на накнаду штете коју му је одбијањем поклона проузроковао поклонопримац. Наведено правило из чл. 573 доктрина повезује са питањем да ли је за уговор о поклону потребан прихват понуде као код осталих уговора или се ради о прихвату *sui generis*. Заправо је овде реч о одбијању пријема предмета поклона јер је свакако, по општим правилима, дозвољено одбити понуду. Ово је уствари једнострани раскид поклонопримца, одбијањем да прихвати поклоњену ствар. Поклонодавац не може да тужи поклонопримца захтевајући пријем.³⁴ Треба приметити да DCFR садржи потпуно супротно решење, прописујући обавезе поклонопримца. Исправан приступ је негде између, јер руско решење не одговара уговорној природи поклона (какав је то уговор када поклонодавац може да га једнострано раскине одбијањем?), док DCFR „намеће“ обавезе поклонопримцу.

4. Закључак

Новина из DCFR су конкретне обавезе поклонопримца: да прихвати поклоњену ствар и омогући пренос својине. Међутим, то значи да поклон није једнострано-обавезан. Обим поклонопримчевих обавеза је још већи код поклона „који није потпуно бесплатан“. Због поклонопримчеве дужничке доцње поклонодавац има право да раскине поклон. Слободнијим тумачењем прописа исти исход допушта и традиционално уговорно право. Одбијањем поклонодавчевог испуњења даровани долази у поверилачку доцњу. Поклонодавац нема могућност да повериоца принуди на сарадњу, а уобичајени лекови (депоновање или продаја) нису адекватни. Зато му треба признати право да уговор раскине. Тако се постиже правично решење, без радикалне идеје да је поклон двострано-обавезујући бесплатан уговор.

Клаузула *rebus sic stantibus* традиционално је резервисана са двострано-обавезујуће уговоре, у циљу заштите једнаке вредности узајамних давања. Код поклона се њена примена не може објаснити начелом еквиваленције, али се оправдава начелом правичности и добрим обичајима. Ако се кроз осиромашење уважава промена материјалног стања, онда треба уважити и промену породичног или здравственог стања поклонодавца. Међутим, поклонодавац не заслужује заштиту када је могао да предвиди промену, или је сам изазвао. Код поклона са трајним извршењем и у добротворне сврхе, долази до промена услед којих поклон изгуби смисао (донација у корист ветерана; смрт пацијента). Доктрина још не нуди теоријску подлогу за њихов престанак. Назире се субјективни елемент поклона као

34 Stephen Smith, *The Provisions on Gift in the Civil Code of the Russian Federation*, стр. 86-87.

могуће решење, ако се превазиђе спорно отпадање каузе. Мада многи ниподаштавају улогу каузе, поклон доказује њену сврсисходност. Премда теоретски и академски појам, она има прагматичну намену. Као што математичарима служи имагинарни број, тако правницима служи кауза, односно код поклона субјективни елемент.³⁵ Она сама за себе не значи пуно, али је инструмент за постизање жељеног циља.

Новина је решење из DCFR да поклонопримац раскида уговор због несаобразности. Поклонодавац не гарантује за материјалне и правне недостатке предмета поклона, али је дужан да га прими назад. Тако се поклонопримац штити од трошкова и штете. У руском праву једнострани раскид поклонопримац остварује одбијањем да прихвати поклоњену ствар. DCFR тако одступа од традиционалних правила о гаранцији, а руско решење подрива уговорну природу поклона. „Право поклона“ обилује изузецима и одступањима од општих правила цивилистике, што доказује посебност овог института.

35 На пример код: узајамног, мешовитог и фиктивног поклона; поклона субјекта јавног права; заблуде о личности; преваре; пропасти веридбе; свадбеног поклона; побијања поклона прикривеног теретним уговором.

Mihajlo Cvetković, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Unconventional ways to terminate a donation contract

Summary

Regarding the termination of donation contracts, the doctrine primarily focuses on the traditional grounds for termination which exclusively occur in donation contracts, such as a donee's ingratitude or a subsequent donor impoverishment. These termination grounds are regulated by special rules. However, in everyday practice it often happens that a donation is terminated by relying on the general rules applicable to all contracts. The most common case is consensual termination. In addition, donation may cease to exist due to unilateral termination by the donor, who was impoverished prior to the contract execution, or because the donee is in mora creditoris, or due to some changed circumstances. Given the fact that conventional contract theory is sometimes unable to explain all mentioned instances, there is even a tendency to prescribe concert donee obligations which alter the traditional unilaterally-binding character of donation. Finally, the paper presents new solutions envisaged in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) that allow the donee to terminate donation contract for reasons typical for onerous contracts. The donee can terminate the contract due to non-conformity. The donor is not responsible for material and legal deficiencies of the donation object but it is bound to take it back.

Keywords: *donation, changed circumstances, mora creditoris, non-conformity, contract termination.*

ДЕФИНИСАЊЕ ЗЛОЧИНА АГРЕСИЈЕ КАО АКТА ПОЈЕДИНЦА¹

Апстракт: Проблематика дефинисања злочина агресије као акта појединца развијао се у раздобљу од скоро читавог једног века. Прво правно дефинисање индивидуалне кривичне одговорности за злочин агресије учињено је Версајским мировним уговором, али је тек са усвајањем статута Међународних војних *ad hoc* кривичних трибунала у Нирнбергу и Токију дефинисао злочин против мира. Уследили су бројни покушаји дефинисања злочина агресије радом Комсије за међународно право. Нажалост, Нацрти Кодекса о повредама против мира и безбедности човечанства из 1954, 1991. и 1996. године нису били обавезујући. Напоследку, са усвајањем Римског статута актуелизовало се питање прецизног дефинисања овог дела. Управо због комплексности садржине дефиниције, уношење злочина агресије у Римски статут и под надлежност Међународног кривичног суда остављено је за Ревизиону конференцију. Суштина дуго очекиване дефиниције своди се на сужавање старе дефиниције агресије из домена меког права садржане у Резолуцији 3314 Генералне скупштине УН из 1974. године.

Кључне речи: злочин агресије, индивидуална кривична одговорност, дефиниција, Нацрт Кодекса о кривичним делима против мира и безбедности човечанства, Међународни кривични суд, Римски статут.

1. Историјски развој концепта међународне индивидуалне кривичне одговорности за злочин агресије

Трагове међународне индивидуалне кривичне одговорности проналазимо у прогнанству Наполеона Бонапарте на острво Елба. Међутим, прво правно дефинисање уследило је тек након сто година, односно након

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

Првог светског рата, када је чл. 227 Версајског мировног уговора први пут међународним актом омогућено оптужење једног лица по основу индивидуалне кривичне одговорности. Ипак, тај први покушај остао је неуспешан јер се цару Вилхелму II Хоенцолерну никада није судило.² Тиме је домашај поменутог члана био схваћен *pro futuro*, а концепт међународне индивидуалне кривичне одговорности није даље развијан у периоду између два рата.

Након избијања Другог светског рата поставило се питање да ли је агресија кажњива на основу позитивног међународног јавног права. Упркос постојању бројних уговора о забрани рата као и истицање постојања таквог међународног обичаја, поново се као централни проблем јавио принцип *nulla poena nullum crimen sine lege*.

Било је мало доказа да је пре избијања Другог светског рата агресивни рат био у *потпуности* забрањен. Бријан-Келогов пакт јесте означио агресију за нелегалан чин држава, али не и међународно кривично дело за које су одговорни појединци. Ово питање актуелизовано је након страха Другог светског рата формирањем *ad hoc* међународних кривичних војних трибунала.

1.1. Регулисање индивидуалне одговорности за злочин агресије према Статутима међународних кривичних трибунала у Нирнбергу и Токију

Након превазилажења супротних гледишта међу савезницима, Међународни војни *ad hoc* кривични трибунал формиран је у Нирнбергу.³ У изради нацрта статута тог трибунала и дефиницију злочина против мира, значајан утицај имао је принцип забране стварања *ex post facto* права.

2 Цар Вилхелм II је пребегео у Холандију која је затим одбила изручење због тога што није била страна уговорница Версајског мировног уговора, јер је њен тадашњи устав забрањивао изручење у случају непостојања уговора. Такође, забрањивао је и доношење индивидуалног закона који би то омогућио. Са друге стране, екстрадиција је одбијена и по основу схватања тадашњег међународног права да државни функционери уживају имунитет у односу на акте учињене у службеном својству. Такође се истицао и аргумент *nulla poena nullum crimen sine lege*, као и немогућности *ex post facto* оптужења.

3 После Другог светског рата главним ратним злочинцима Немачке и Јапана суђено је пред међународним војним судовима на два велика процеса – у Нирнбергу (18.10.1945-1.10.1946) и Токију (29.4.1946-12.11.1948). Нирнбершки суд основан је Лондонским споразумом који су 8.8.1945. постигле четири велике силе победнице (САД, СССР, В. Британија и Француска). Њиме је предвиђено оснивање Међународног војног суда за суђење главним немачким ратним злочинцима. Као додатак Споразуму усвојен је Статут Међународног војног суда, на основу којег је вођен Нирнбершки процес; према: Б. Кривокапић, Нешто другачији поглед на међународне кривичне судове, Хашки трибунал између права и политике (зборник радова), Институт за упоредно право, Београд, 2013, стр. 18-19.

САД су се залагале за прецизну дефиницију како би се избегла полемика и против-аргументи одбране о непостојању јасних елемената дефиниције злочина против мира. Супротно томе, Француска и СССР су се противиле уношењу било какве дефиниције агресије у статут, јер су сматрале да тадашњи развој међународног јавног права није предвиђао међународну индивидуалну кривичну одговорност за агресију.⁴ Ипак, у коначан текст Статута нирнбершког суда унета је дефиниција злочина против мира у чл.у 6(а).⁵

И након дефинисања злочина против мира у чл. 6 Статута, жуистра полемика поводом принципа *nulla poena* није престала. Када се он јавио као аргумент одбране пред Трибуналом, судије су формулисале следећи, често цитирани, исказ: „Злочини против међународног права су извршени од стране људи а не од стране апстрактних ентитета, и да самим тим имплементација међународног права је могућа једино санкционисањем појединаца који изврше таква дела“.⁶ Цитирани исказ представља тзв. *стандард моралности* који је требало да послужи као противтежа проблему легалности, истицаном од стране многих.⁷ Иако се преседан постављен у нирнбершком процесу глорификује као тријумф владавине права, и даље су се чули гласови да оптужнице по основу извршења „злочина против мира“ представља флагрантно кршење начела *nullum crimen sine lege*.⁸

4 Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, p. 207. Интересантно је поредити два различита гледишта СССР-а: са једне стране, значајан напор да се дође до дефиниције агресије и тежња да се таква дефиниција угради у што већи број међународних уговора, односно instrumenата правно обавезујућег карактера, а са друге стране, гледиште да се агресија не треба третирали као злочин који носи собом индивидуалну кривичну одговорност.

5 Злочин против мира је означен као: „планирање, припремање, започињање или вођење агресивног рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, или учествовање у заједничком плану или завери за извршење било чега од наведеног“. У нирнбершком процесу, Трибунал је окарактерисао да: „започињање агресивног рата није само међународни злочин – то је и највиши међународни злочин који се разликује од свих осталих злочина по томе што садржи акумулирано зло читавог света“.

6 Nuremberg International Military Tribunal (Nuremberg Trial), Judgment (1946), Vol. 1 IMT, p. 223.

7 Такође се тврди да: „Једино уколико се доносиоци одлука, на путу ка одлуци да поведу своју земљу у рат, сусрећу са могућношћу индивидуалне кривичне одговорности, тада ће се вероватно јавити оклевање да се начини судбоносан корак“. Према: Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, Cambridge University Press, 2005, p. 117.

8 D. Kacker, *Coming Full Circle: the Rome Statute and the Crime of Aggression*, Vol. 33 *Suffolk Transnational L. Rev.* 2010, pp. 260-261. Одговор Трибунала на проблематику принципа *nulla poena* био је истицање паралеле између концепата индивидуалне кривичне одговорности за ратне злочине и за злочин против мира. Наиме, четврта

Иако је дефиниција агресије садржана у чл. 6(а) Статута нејасна и недоречена, изненађује да то није представљало проблем током самог суђења. Време је показало да се став по коме би нејасна дефиниција првенствено користила, а не штетила суђењу у Нирнбергу, показао оправдан. Међутим, недоречена дефиниција злочина против мира морала је бити појашњена тумачењима судија током самог процеса. Наиме, током самог суђења, Трибунал је морао начинити разлику између појмова агресије као акта државе и акта појединца, јер само је агресивни рат према Статуту дефинисан као међународни злочин који повлачи собом индивидуалну кривичну одговорност.⁹

Када је реч о надлежности *ratione personae*, формулација Нирнбершког статута је дозвољавала оптужење широког круга лица, пре свега бораца, али и цивила. Међутим, судије су закључиле да домашaj Статута треба да сеже само на појединце који су на највишим позицијама на хијерархијској лествици, односно на позицијама доношења одлука.¹⁰ Због тога се сматрало

Хашка конвенција из 1907. године такође не садржи ниједну изричиту норму о постојању индивидуалне кривичне одговорности за повреду њених правила, али се ипак сматрало да њеним кршењем јасно и недвосмислено долази до индивидуалне кривичне одговорности. У прилог томе истицана је пракса држава, јер након 1907. године таквом гледишту није приговорила ниједна држава. Стога се *a simili*, сматрало да је логично извести исти закључак и у односу на Бријан-Келогов пакт о забрани агресивног рата, чиме се оправдала кривична одговорност за злочин против мира, иако она није била изричито предвиђена у том уговору. Такође је истицано да су оптужени, као лица на врху ланца политичког одлучивања, или макар поједини, морали знати за бројне уговоре које је Немачка закључила, а који су садржали забрану прибегавања рату. Трибунал је свој последњи аргумент покушао да оснажи позивањем на бројне одредбе „меког права“, односно на поједине уговоре међуратног периода које никада нису ступиле на снагу. Првенствено се Трибунал позивао на Женевски протокол о мирном решавању спорова из 1924. године. Иако су поједини инструменти израђени пре избијања Другог светског рата забрањивали агресивни рат, ниједан од њих није достигао правно обавезујући статус. Насупрот томе, правно обавезујући Пакт у Паризу из 1928. године је забранио рат у општим цртама, али није инкриминисао агресију као акт који повлачи одговорност појединца. И поред тога, Нирнбершки трибунал је чл. 6(а) Статута описао као потврду постојећег обичајног међународног права.

⁹ Суд је нашао да су појединци који су користили силу против Белгије, Грчке, Данске, Југославије, Луксембурга, Норвешке, Пољске, САД-а, СССР-а и Холандије, криви за вођење *агресивног рата*, односно извршење злочина против мира, а у случају када државе нису пружале отпор, као што је био пример са Аустријом и Чехословачком, нашао је да су предузети *агресивни акти*. Трибунал је оставио нерешеним питање какав је био сукоб са Великом Британијом и Француском.

¹⁰ Као што је Трибунал истакао: „Хитлер није могао да води агресивни рат потпуно сам. Морао је да сарађује са државницима, војним старешинама, дипломатама и привредницима“. Трибунал је даље сужавање круга оптужених извршио тиме што је

да круг оптужених треба да буде у оквиру ужег круга лица најближих шефу државе. Суд је сматрао да они који нису могли бити у позицији да утичу на доношење одлуке о вођењу агресивног рата, нису могли бити одговорни за злочин агесије.¹¹ Супротно томе, Суд је закључио да појединац може бити одговоран за злочин против мира само у случајевима када је имао овлашћења да конкретно утиче на доношење или обликовање политичке одлуке.¹²

Са друге стране, ни Статут Токијског међународног војног трибунала¹³ није садржао прецизнију дефиницију агесије у поређењу са Нирнбершким статутом. Једино су додате речи „проглашен“ или „непроглашен“ испред појма агресивни рат, како би се оповргли аргументи да Јапан, формално-технички гледано, и није био у рату (чл. 5(а)). Поред тога, израз „међународни уговори“ био је замењен изразом „међународно право и уговори“. Чак 28 лица је оптужено за извршење злочина агесије, а осуђено је њих 23.¹⁴

одлучио да не процесуира лица која су била одсутна са пресудних састанака на којима је Хитлер презентовао идеје о проширењу државне територије.

11 Пример за то је Ernst von Weizsäcker, за кога се утврдило да је био дипломатски помагач немачких ратних планова као државни секретар Министарства спољних послова. Међутим, пошто он није узео директног учешћа, и чак се и противио немачким агресивним ратовима, није био осуђен по основу злочина против мира, већ само по основу ратних злочина и злочина против човечности на седам година затвора.

12 У Нирнбершком процесу, од 24 лица оптужених по основу злочина против мира, само је 8 и осуђено. Према: N. Weisbord, Prosecuting Aggression, Harvard I.L.J., 2008, 49, pp. 164-166. Преостали оптужени су осуђени по другим основама или су ослобођени свих тачака оптужнице. Од 24 оптужених, један је извршио самоубиство, а један је био проглашен неспособним за суђење. Од 22 којима је суђено, тројица су били ослобођени. Кривим за злочин против мира нађено је њих 12, при чему је 8 осуђено на смрт вешањем. Према: Trial of the Major War Criminals, Judicial Decisions, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, reprinted in 41 AJIL (1947), pp. 272-333.

13 С друге стране, Токијски суд именован је Статутом коју је 19.1.1946. издао главнокомандујући савезничких снага за Далеки исток, амерички генерал Макартур (*Douglas McArthur*). За разлику од Нирнбершког, Токијски суд је имао 11 судија, које је кандидовало исто толико савезничких сила које су биле у рату с Јапаном, а свака држава именовала је и свог тужиоца; према: Б. Кривокапић, Нешто другачији поглед на међународне кривичне судове, Хашки трибунал између права и политике (зборник радова), Институт за упоредно право, Београд, 2013, стр. 18-19.

14 Y. Dinstein, Aggression, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, para. 4, доступно на: http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/jovmio/DS_PrimeriMetodoloskihPristupa/Dinstein,%20Aggression.pdf (10.3.2015.)

Поред главних случајева агресије вођених пред нирнбершким и токијским трибуналима, и Контролни закон број 10¹⁵ је установио правни основ суђења на територији Немачке. Једина разлика у односу на нирнбершки Статут био је додатак синтагме „започињање или окупација“. Тиме се омогућило да се и судбина Аустрије и Чехословачке могу третирати као злочин против мира *per se*, а не само као агресивни акти, како је било установљено нирнбершким процесом. Поред тога, чл. 2(а) Контролног закона додаје још и термин „покретање инвазије“ и истиче да списак није коначан. Током суђења „И.Г. Фарбен“¹⁶, „Врховна Команда“,¹⁷ и „Министарстава“ поновљена је идеја да би се само појединци који су имали реалан утицај на обликовање националне политике могли сматрати одговорним за злочин агресије.¹⁸

Суђења у Нирнбергу и Токију представљају досад једине случајеве процесуирања појединаца за злочин агресије, тако да се никако не може сматрати да је њихова заоставштина историјски превазиђена.

1.2. Дефинисање злочина агресије у Хајтлу Кодекса о повредама против мира и безбедности човечанства из 1954. године

Генерална скупштина УН (надаље: ГС) је Резолуцијом 95 од 11.12.1946. потврдила начела Статута и пресуде Нирнбершког суда као тзв. нирнбершка начела.¹⁹ ГС је уједно позвала Комисију за кодификацију међународног

15 Према: В. Ferencz, *Defining International Aggression-The Search for World Peace*, 1975, p. 522.

16 *United States of America v Krauch and Others*, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 669, Vol.15, 1948.

17 *United States of America v von Leeb and Others*, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 380, Vol.15, 1948.

18 Детаљан преглед бројних судских случајева извршен је у: Heller, Kevin Jon, *Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression*, *The European Journal of International Law* Vol. 18 no.3, 2007, pp. 483-488.

19 Главна Нирнбершка начела су: 1) свако ко учини злочин по међународном праву одговоран је због тога и треба да буде одговарајуће кажњен; 2) чињеница да односно међународно кривично дело није било предвиђено као кривично дело унутрашњим законодавством дате земље не ослобађа одговорности њиховог извршиоца према међународном праву; 3) чињеница да је извршилац деловао као шеф државе или одговорни владин службеник не ослобађа га одговорности за извршена међународна кривична дела; 4) чињеница да је окривљени деловао на основу наредбе владе или вишег органа не ослобађа га одговорности по међународном праву ако му је у околностима у то време било могуће да се не покори овој наредби; 5) свако лице окривљено по међународном праву има право на правично суђење; 6) злочини за које се кажњава по међународном праву су: злочини против мира, ратни злочини и злочини против човечности; 7) сваки облик саучешћа у злочину против мира, ратном

права (надаље: КМП, Комисија) да размотри планове за формулисање тих начела као питање од прворазредне важности, било у оквиру опште кодификације злочина против мира и безбедности човечанства, било у оквиру Међународног кривичног кодекса. Циљ рада Комисије ишао је у правцу сачињавања Кривичног кодекса за будући стални међународни кривични суд, и са том идејом је КМП започела рад на Нацрту кодекса злочина против мира и безбедности човечанства у периоду од 1947. године до 1954. Нажалост, он није прерастао у међународни уговор, те представља само доктринарну кодификацију.

Иако се КМП умногоме ослањала на поменуте нирнбершке принципе, Нацрт кодекса не иде линијом усвајања опште дефиниције, већ садржи детаљну листу радњи које сачињавају агресију и друге злочине који би се могли подвести под злочин против мира. Чл. 1 Нацрта следио је логику Статута нирнбершког трибунала, те је предвиђао индивидуалну кривичну одговорност, док је чл. 2 извршено примерно набрајање аката агресије.²⁰ У коментару на Нацрт, сама КМП је истакла да никада није постојала намера да се дефиницијом изврши таксативно навођење свих појавних облика агресије.²¹

Нацрт кодекса поред тога што пружа детаљан списак свих аката који представљају агресију, врши набрајање и других аката који не представљају акт агресије *per se*, али се могу подвести под домаћај агресије схваћене у ширем смислу. Тиме је КМП изнела став по коме не само акт агресије, већ и други акти који јој доприносе, могу довести до индивидуалне кривичне одговорности. Чак и претња агресијом или припрема за активност оружаних снага довољна је за такву квалификацију. Поред тога, претња агресијом и индиректна агресија такође су биле обухваћене Нацртом,

злочину или злочину против човечности представља злочин према међународном праву. Према: Б. Кривокапић, *op.cit*, стр. 18-19.

20 „1. Било који акт агресије укључујући и укључивање оружаних снага једне државе против друге у свим осталим ситуацијама сем пружања индивидуалне или колективне самоодбране, или у циљу доношења одлуке или препоруке од стране овашћеног органа УН;

2. Било која претња од стране власти једне земље да ће приступити акту агресије према другој држави;

3. Припрема оружаних снага за било који акт агресије укључујући и укључивање оружаних снага једне државе против друге у свим осталим ситуацијама сем пружања индивидуалне или колективне самоодбране, или у циљу доношења одлуке или препоруке од стране овашћеног органа УН.“

21 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954 ILC Ybk. Vol. II, pp. 149-152.

као што су учешће у демонстрацијама, подржавање тероризма и повреда уговора о разоружању.²²

Овако детаљна и разрађена дефиниција оставља врло мало празнина и представља изузетно ефикасну основу за очување међународног мира и безбедности у случају да се примењује на адекватан начин. Од укупно тринаест злочина против мира или безбедности човечанства колико их је у Нацрту наведено, чак девет је било везано за злочин агресије.²³ Због амбициозности и свеопштости садржане дефиниције, овај Нацрт кодекса никада није усвојен.²⁴ Хладни рат и целокупна политичка реалност тог периода довела је до потпуног „замрзавања“ рада на будућем Нацрту кодекса још пуних 27 година.

1.3. Дефинисање злочина агресије у Нацрту Кодекса о кривичним делима против мира и безбедности човечанства из 1991. године

Након што је ГС усвојила Резолуцијом 3314 правно необавезујућу дефиницију агресије као акта државе,²⁵ она је 1981. године позвала КМП да настави рад на Нацрту кодекса о злочину против мира и човечности.²⁶ Комисија је тада одлучила да у другом нацрту пажњу усмери на индивидуалну кривичну одговорност, а да ће одговорност држава разматрати у неко погодније доба.²⁷

Индивидуална кривична одговорност установљена је чл. 3 Нацрта који одређује да је „појединац који изврши дело против мира и безбедности човечанства одговоран и подлеже кажњавању“.²⁸ Чл. 5 требало је да разјасни одвојеност концепата индивидуалне кривичне одговорности од одговорности држава за исто дело. Иако у извршењу аката агресије појединац делује као агент државе, овај Нацрт није настојао да се тада примењују правила о међународној одговорности држава. КМП је једино истакла да исто дело може истовремено обухватити обе врсте одговорности.²⁹

22 Д. Жарић, Индивидуална кривична одговорност за злочин агресије, магистарска теза, Београд, 2009, стр. 66.

23 Rifaat, Ahmed M., International Aggression: A Study of the Legal Concept – Its Development and Definition in International Law, p. 188; 1951 ILC Ybk. Vol II, p. 135.

24 Ibid, p. 191.

25 GA Res. 3314 (XXIX), Definition of Aggression, 14 December 1974.

26 General Assembly Resolution 36/106, UN Doc. A/RES/36/106, 10 December 1981.

27 1984 ILC Ybk. Vol. II Part 2, p. 11 para. 32.

28 Ibid, p. 94.

29 Ibid, p. 98-100.

Сама дефиниција агресије садржана је у чл. 15, али она једино врши утврђивање индивидуалне кривичне одговорности за злочин агресије. Налик Резолуцији 3314, Нацрт из 1991. године користи општу клаузулу у комбинацији са илустративним списком аката, готово идентичан са оним из документа који је послужио као инспирација.³⁰ За разлику од Резолуције 3314, Нацрт се искључиво односио на појединце, а додатни пасус појашњава да потенцијални починиоци злочина могу једино бити лица која креирају политику и налазе се на нивоу одлучилаца.³¹

Следећи логику свог претходника, Нацрт кодекса из 1991. године, чл. 16 и 17 инкриминише и претњу агресијом,³² као и виши облик индиректне агресије, али иде корак даље јер поменуте појмове ближе одређује. Индиректна агресија регулисана је чл. 17 Нацрта, а у односу на Нацрт из 1954. године, њен домашај је рестриктивније одређен, будући да одређује интервенције као директно или индиректно учествовање у субверзивним или терористичким активностима.

1.4. Дефинисање злочина агресије у Нацрту Кодекса о кривичним делима против мира и безбедности човечанства из 1996. године

Након што је КМП завршила рад на Нацрту кодекса 1991. године, он је прослеђен државама ради добијања коментара.³³ Пет година касније, након анализе изнетих ставова и критика држава, КМП је 1996. усвојила Нацрт кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства.³⁴ Попут Нацрта из 1991, он јасно у чл. 2 истиче да се односи на индивидуалну кривичну одговорност, а у чл. 4 да не прејудуцира питање одговорности

30 Ипак, преузета дефиниција агресије из Резолуције 3314 благо је измењена. Наиме, Нацрт предвиђа индивидуалну кривичну одговорност у чл. 15(1), чиме се дилема око постојања индивидуалне кривичне одговорности недвосмислено решила. Такође, списак аката који сачињавају агресију започиње у параграфу 4, са напоменом да се „*дужна пажња*“ посвети принципу првенства из параграфа 3, као и општој дефиницији садржаној у параграфу 2, што је разлика у односу на решење из Резолуције. Затим, Нацрт нема посебан члан који би био одговарајући чл. 8 из Резолуције 3314, али је слично објашњење из овог члана садржано у Нацрту (иако не као посебан члан). Нажалост, Нацрт не садржи појашњење чл. 1 Резолуције 3314, али наводи у параграфу 4 да таксативно навођење није учињено као *numerus clausus*. По природи ствари је било логично изоставити чл. 5 Резолуције 3314, будући да ставови 2 и 3 овог члана не могу представљати део кривичног кодекса, а да надлежност за агресију из става 1 може бити појашњена само у садејству са другим одбранама.

31 Ibid, p. 95, Члан 15(1).

32 Члан 16 (2) Нацрта из 1991. године.

33 1991 ILC Ybk. Vol. II Part 2, p. 94 para. 174.

34 Ibid, pp. 17-56.

држава. Нацрт из 1996. и његов однос према злочину агресије је подутицајем ставова свог претходника. Међутим, упркос укупној сличности, упадљива је разлика која се тиче дефиниције агресије. За разлику од Нацрта из 1954. и 1991, као и Резолуције 3314, ова верзија одступа од дотадашњег приступа јер не предвиђа мешовиту, већ општу дефиницију агресије која има више сличности са Статутом ниρνбершког суда, и садржана је у чл. 16.³⁵ Сагласно ставовима ниρνбершког Статута из ког је одредба преузета, одређује да је “*лидер или организатор*” лице са највиших позиција креирања политике.

КМП је даље објаснила да кршење међународних норми којима се регулише употреба силе од стране државе представља *conditio sine qua non* за постојање кривичног дела агресије.³⁶ Конкретно, тражи се да постоји озбиљно кршење забране садржане у чл. 2(4) Повеље Уједињених нација.³⁷ Из претходног се види да су творци Нацрта из 1996. године узели у обзир уско тумачење примењено у ниρνбершком процесу, сужавајући домаћај овог злочина само на вође и организаторе, истовремено ограничавајући да агресија може бити почињена само од стране државе.

Као што се може видети, државе су осетиле потребу да мешовиту дефиницију, која је садржала бројне примере агресије, замене једном општом, нејасном и магловитом дефиницијом. Не може се са извесношћу тврдити да генеричка дефиниција не може обухватити идентичне радње као у мешовитој, али је сигурно да код генеричке дефиниције има много више простора за тумачење, што свакако више одговара државама потенцијалним агресорима, које могу тврдити да њихови акти не представљају агресију. Ни овај Нацрт није усвојен од стране Генералне скупштине УН, тако да и он има само доктринаран значај.

2. Дефинисање злочина агресије у Римском статуту

Усвајање Римског статута је био врхунац процеса који је започет 50 година раније. Наиме, у касним 1940-им, оснивање међународног кривичног суда био је један од три главна пројекта ГС УН усмерених на заштиту

35 Чл. 16 гласи: “Појединац који, као лидер или организатор, активно учествује у планирању, припреми, започињању или вођењу агресије извршене од стране државе, или нареди такве акте, биће одговоран за злочин агресије”. Ibid, p. 42-43, чл. 16.

36 Report of the International Law Commission, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10, UN Doc. A/51/10, 1996, pp. 84-85.

37 1991 ILC Ybk. Vol. II Part 2, p. 43.

људских права.³⁸ Нажалост, због Хладног рата оснивање суда је више пута одлагано.³⁹

ГС је 1989. године оживела пројекат захтевајући од КМП наставак рада на статуту будућег сталног међународног кривичног суда.⁴⁰ КМП је 1994. године представила свој Нацрт на дату тему где је чл. 20(б) у надлежност суда укључен и злочин агресије.⁴¹ Показало се да је КМП имала потешкоћа приликом одлучивања да ли уврстити злочин агресије у Нацрт статута, имајући у виду недостатак универзално прихваћене и обавезујуће дефиниције. Упркос томе, сматрало се да би изостанак овог злочина био ретроградан корак, нарочито у односу на нирнбершки процес, као и да би савремени суд био у бољој позицији да утврди постојање и дефинише садржину злочина агресије него што је то могао нирнбершки трибунал. Пошто је унутар саме КМП дошло до различитих мишљења око тога који би акти представљали агресију, као и да ли агресија једино треба да буде ограничена на вођење агресивног рата, дефинисање агресије изостало је из Нацрта Статута.

Следећи корак био је формирање *ad hoc* комитета од стране ГС, чија је улога била да се настави рад на спорним питањима која су произилазила из Нацрта.⁴² У свом завршном извештају, *ad hoc* комитет је сумирао коментаре делегација које су предлагале укључивање злочина агресије у надлежност МКС. Присталице укључења су нагласиле значај остваривања континуитета у забрани употребе силе и упозориле на опасност ретроградних корака, док се опозиција фокусира на тешкоће дефинисања агресије и улоге Савета безбедности (надаље: СБ).⁴³

38 Поред Универзалне декларације о људским правима и Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Како су два поменућа међународна инструмента усвојена врло брзо, већ 1948. године, преостао је рад на оснивању међународног кривичног суда.

39 С. Antonopoulos, Whatever Happened to Crimes against Peace?, *Journal of Conflict and Security Law*, 2001, Vol. 6, No. 1, p. 43.

40 General Assembly Resolution 44/39, UN Doc. A/RES/44/39, 4 December 1989.

41 Draft Statute for an International Criminal Court, 1994 ILC Ybk. Vol. II Part 2, pp. 20- 74.

42 Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, established by General Assembly Resolution 49/53, UN Doc. A/RES/49/53, 17 February 1995.

43 Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/50/22 (SUPP), 1 January 1995, pp. 13-15.

2.1. Рад Припремног комитета

Следећи *ratio ad hoc* комитета, ГС је основала Припремни комитет за разматрање Нацрта Статута.⁴⁴ Комитет је окончао свој рад 1998. године припремивши пречишћени текст Статута МКС.⁴⁵ Ваља истаћи да је Нацрт из 1998. године био знатно дужи од првобитног, јер је садржао различите опције на којима су државе инсистирале. Ипак, основна структура текста остала је иста,⁴⁶ а злочин агресије предвиђен је чл. 5(б) Нацрта као један од злочина који спада у надлежност суда. Истакнуто је да овај чл. Нацрта „одражава гледиште великог броја делегација да злочин агресије треба укључити у Статут“.⁴⁷

У Нацрт Статута из 1998. године истакнута су три различита модалитета дефинисања злочина агресије. Прва опција предвиђала је генерички приступ дефиницији, при чему би искључиво СБ УН било препуштено да утврђује који акти представљају агресију. Друга опција је следила Резолуцију 3314 подржавајући мешовити приступ, односно комбинацију генеричког приступа дефиницији са пописом могућих аката агресије. Трећа опција такође примењује генерички приступ, али са набрајањем само најочигледнијих примера агресије. Реч је о делима која су у очигледној супротности са Повељом УН и имају за „*циљ или резултат успостављање [војне] окупације, или анексије над територијом друге државе или њеног дела, од стране оружаних снага државе нападача*“.⁴⁸ Интересантно је напоменути да је трећа варијанта настала као резултат напора немачке делегације да се путем неформалних консултација нађе широко подржан приступ, те се може рећи и да она представља компромис претходних двеју. Упркос томе, дошло је до подељених ставова међу делегацијама, те је једино решење пронађено у достављању сва три предлога Римској конференцији на разматрање и коначно одлучивање.⁴⁹

44 Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, established by General Assembly Resolution 50/46, UN Doc. A/RES/50/46, 18 December 1995.

45 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Part One, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998.

46 Hall, Christopher K., The Sixth Session of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 92 AJIL (1998), pp. 548-556.

47 Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Part One, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, p. 12, n. 6.

48 Ibid, pp. 12-14.

49 Hebel, H; Robinson, D, Crimes within the Jurisdiction of the Court, in Lee, Roy S. (ed.) The International Criminal Court: the Making of the Rome statute: Issues, Negotiations and Results, pp. 81-83.

2.2. Римска конференција и Римски статут

На Римској конференцији одржаној 1998. године, искристалисала су се три кључна питања у вези са агресијом: 1) Да ли уопште укључити злочин агресије у будући Статут?; 2) Како дефинисати тај злочин?; 3) Да ли и какву улогу дати СБ у утврђивању постојања агресије? Реч је о три одвојена, али међусобно повезана питања.

Прво је размотрено питање да ли уопште укључити злочин агресије у Римски статут. Општи приговор против укључивања био је да је то сувишно, имајући у виду да би починиоци тог дела вероватно били осуђени још по најмање једном основу, односно за још неко кривично дело из надлежности МКС.⁵⁰ Досон оспорава овај аргумент истичући да се тиме „не узима у обзир вредност криминализације саме агресије“.⁵¹ Државе су изразиле велики број ставова, те се према датим саопштењима могу искристалисати чак 8 различитих позиција.⁵² Велики број држава, укључујући и велике силе, противио се идеји укључивања дефиниције агресије у Римски статут.⁵³ Упркос отпору, сматрало се да би изостанак

50 Аргументи за прилог оваквог тврђења су били да на суђењима у Нирнбергу и Токију, само по једно лице (Hess, односно Тојо), били су осуђени само по овом основу. Сви остали су осуђивани на по неколико основа.

51 Dawson, Grant M., *Defining Substantive Crimes Within the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: What Is the Crime of Aggression?*, N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L., 19, 2000, p. 446.

52 Широки дијапазон се кретао од укључивања агресије у Римски статут, до оних који су се томе противили, истичући да се будући МКС „треба клонити политичких питања као што је агресија“. Поједине делегације су се залагале за уграђивање дефиниције без икаквих ограничења, позивајући се на премису да би изостанак „врховног међународног злочина“ охрабрио вођење рата. Присталице увршћивања агресије у Римски статут истицали су да би другачије решење представљало ретроградан корак, имајући у виду преседане у Нирнбергу и Токију. Други су били на становишту да је могуће уврстити агресију у Статут тек онда када овај злочин буде прецизно дефинисан. Трећа струја залагала се да дефиниција у потпуности следи Резолуцију 3314, желећи да се тиме направи дистинкција између агресије и „леgitимне борбе народа за самоопредељење“. Наредни став ишао је чак у правцу екстензивније дефиниције која би у појам агресије укључивала блокаду лука, обала, територије и ваздушних путева једне државе од стране оружаних снага друге. Поред тога, чули су се и предлози да се у дефиницију агресије укључи и претња употребом силе, као и оштећење животне средине. Свакако не чуди да су одређене државе пристајале да се агресија укључи у Статут једино под условом да се кључна улога у утврђивању постојања агресије у конкретној ситуацији додели СБ, пре него што о том питању одлучује МКС.

53 У првом реду то су биле САД чији су став и аргументи умногоне подсећали на некадашњи СССР приликом закључења Лондонског уговора. Две нове нуклеарне силе, Индија и Пакистан, такође су спадале у ову групу земаља, а Кина је истицала да је њен национални суверенитет у опасности. Према: Müller-Schieke, K. I., *Defining the Crime*

агресије из Статута сталног Међународног кривичног суда представљао корак уназад у односу на нирнбершки процес. Са друге стране, чинило се нелогичним да се процесуирају само међународна кривична дела која настају за време рата, а не и дело започињања рата. Проблематика статуса и дефиниције агресије је чак створила могућност да се МКС уопште и не установи, јер је већина држава била неспремна и невољна да пружи подршку установљењу суда који се не би бавио агресијом.

Соломонско решење нађено је у томе да се питање статуса агресије и његове дефиниције једноставно раздвоје.⁵⁴ Постигнут је договор да Римски статут обухвати агресију, али да се надлежност установи тек када буде усвојена њена дефиниција. Иако изузетно спорно питање, укључивање злочина агресије у Римски статут ипак је добило подршку већине делегација.⁵⁵

Међутим, показало се да главни проблем није питање укључивања агресије у Статут, већ дефиниција тог међународног кривичног дела и да ли и какву улогу треба дати СБ у погледу вршења надлежности. Иста питања која су интензивно расправљана пред Припремним комитетом, поново су избила на површину и на Римској конференцији.

Пошто је одговор на прво питање, питање статуса, био позитиван, следећи корак био је проналажење дефиниције, чему је основу требало да дају два документа, односно поменути нацрти из 1994. и 1998. године, при чему први уопште није садржао дефиницију агресије, док је други нудио чак три варијанте дефиниције.

Упркос бројним предлозима,⁵⁶ или можда управо због тога, делегати на Римској конференцији нису могли да постигну компромис око дефиниције агресије.

of Aggression Under the Statute of the International Criminal Court, 14 Leiden Journal of International Law, 2001, pp.414-415.

54 Идеја је потекла од председавајућег радне групе.

55 Kirsch, P; Robinson, D, Reaching Agreement at the Rome Conference, in Cassese, A. et al (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1, p. 78.

56 У погледу садржине дефиниције, треба истаћи следеће предлоге. Група арапских и афричких држава инсистирала је на широкој дефиницији, у чијој основи је била дефиниција из Резолуције 3314. Међутим, неке предложене формулације биле су и шире, тако да је дефиниција обухватала велики број ситуација. Они су предложили да случајеви „лишавања права на самоопредељење, слободу и независност других народа“ и „прибегавање оружаној сили ради угрожавања или повређивања суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности државе, или неопуђивих права људи“ треба такође да буду обухваћене дефиницијом. Подржавајући широки приступ дефинисању, Камерун је поднео предлог да свака „употреба оружане силе ... у очигледној супротности са Повељом Уједињених нација“ треба да представља злочин

Са приближавањем последње недеље рада Конференције, постало је јасно да је могућност проналажења компромиса слаба, те је Биро Комитета одговоран за организацију и координацију свих преговора, сматрао да треба предузети неку конкретну меру ради изласка из такве ситуације. У свом предлогу од 10. јула, Биро је предложио да делегације дођу до општеприхватљиве одредбе до 13. јула. У случају неуспеха, питање би се поново разматрало на другачији начин, путем усвајања Протокола уз Статут или на Ревизионој конференцији. Покушај да се силом и на брзину нађе решење о контроверзном питању агресије није наишло на добар одјек међу делегацијама, а противљење је било посебно јако међу арапским и несврстаним државама,⁵⁷ које су дотад били снажни заговорници идеје укључивања дефиниције агресије у Статут МКС.

Међутим, схватајући да компромис о спорним питањима не може бити постигнут до краја Конференције, Покрет несврстаних држава је предложио нови приступ. По њему, формалноправно треба у датом тренутку инкорпорирати злочин агресије у Римски статут, са тим да се дефиниција злочина разради у каснијој фази. Све док таква дефиниција не постоји, МКС не може да врши надлежност над тим делом.⁵⁸ Предлог је усвојен и преточен у чл. 5 (1)(г) као и 5(2) Римског статута. Дакле, *de iure* је злочин агресије био укључен у Римски статут, али је *de facto* он изостао.⁵⁹

Као што је наведено у члу 5(2), док се амандманима не *“дефинише злочин и изложи услови под којима суд врши надлежност у вези са овим злочином”* у складу са чл. 121 и 123 Римског статута, Суд неће бити у стању врши надлежност. Све одредбе о злочину агресије из Римског статута треба тумачити заједно са завршним актом.⁶⁰ Наиме, тим документом, у Резолуцији Ф ставом 7, формирана је Припремна комисија са циљем да изради предлоге дефиниције злочина агресије.

Иако се мора истаћи значајан напор држава из Покрета несврстаних у проналажењу коначног решења, мора се нагласити да је у коначан текст уметнута једна реченица која се иницијално није нашла у њиховом агресије. Државе које нису подржавале широку дефиницију изразиле су забринутост да би то могло довести до политизације, те се тај круг држава приклонио компромисном предлогу немачке делегације изнетом пред Припремним комитетом.

57 Kirsch, P; Robinson, D, Reaching Agreement at the Rome Conference, in Cassese, A. et al (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1, pp. 70-72.

58 UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.75, 14 July 1998.

59 Zimmermann, A, Article 5, in Triffterer, Otto (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, p. 102.

60 Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/10, 17 July 1998

предлогу. Тачније, у чл. 5(2) додато је да ће „дефиниција бити доследна релевантним одредбама Повеље УН“.⁶¹ У циљу стварања могућности да МКС буде надлежан за агресију, Анекс Ф Завршног акта Римске конференције задужио је Припремну комисију за оснивање Међународног кривичног суда „између осталог, и за припрему предлога одредаба о агресији, укључујући и дефинисање Елемената злочина агресије и услове под којима ће Међународни кривични суд вршити надлежност“.

Рад на дефиницији агресије који је уследио након усвајања Римског статута вршен је у оквиру две радне групе. Прва радна група, образована у оквиру припремне комисије, бавила се овим питањем до 2002. године, односно до тренутка ступања на снагу Римског статута. Њу је наследила Специјална радна група за злочин агресије, која је била формирана од стране држава уговорница Статута.

2.3. Рад Припремне комисије за злочин агресије

Рад Припремне комисије био је изузетно спор, будући да су у почетним фазама делегације само понављале своје претходно истакнуте позиције. Кренуло се квалитетнијом путањом тек када је начињен консолидован текст свих предлога,⁶² као и са доношењем радног нацрта који је садржао списак проблематичних питања.⁶³ Поменути два документа допринела су кристализацији два кључна питања. Прво питање, као и до тад, бавило се врстом дефиниције, односно аргументима за и против опште, конкретне или мешовите дефиниције. Други аспект проблематике тицао се јасних услова под којима би МКС требало да врши јурисдикцију. Очекивано, велике силе су инсистирале на јасној и доминантној улози СБ, док су се друге државе залагале за учешће ГС или Међународног суда правде, имајући у виду опструкцију рада унутар овог политичког органа.⁶⁴ Иако су ова два питања међусобно условљена и тесно повезана, имајући у виду тему рада, пажњу ћемо усмерити на првопостављено.

61 Rome Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9. Свакако да читав систем и даљи развој међународног јавног права мора бити у складу са квази-уставом међународне заједнице, како се често назива Повеља. Али ову уметнуту реченицу ваља тумачити као додатно подсећање на пресудну и одлучујућу улогу СБ по свим питањима међународног мира.

62 UN Doc. PCNICC/1999/WGCA/RT.1, 9 December 1999.

63 UN Doc. PCNICC/2000/WGCA/RT.1, 29 March 2000.

64 Hall, C, The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court, AJIL, 2000, 94, p. 787.

На основу дискусије унутар Припремне комисије⁶⁵ могу се искристалисати четитри предлога дефиниције агресије.⁶⁶ Упркос разликама, била су

65 Trahan, Jennifer, *Defining Aggression: Why the Preparatory Commission for the International Criminal Court Has Faced Such a Conundrum*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 24, 2002, pp. 449-450.

66 Прво гледиште ослањало се на одређење злочина против мира учињено у Нирнбершком статуту. Руска федерација била је главни заговорник тог гледишта, те је дала предлог општег одређења овог дела као „било који од следећих аката: планирање, припремање, започињање и вођење агресивног рата.“ Према: Trahan, Jennifer, *Defining Aggression: Why the Preparatory Commission for the International Criminal Court Has Faced Such a Conundrum*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 24, 2002, pp. 449-450; UN Doc. PCNICC/1999/DP.12, 29 July 1999. Овакво гледиште је проблематично будући да ограничава злочин агресије његовим изричитим повезивањем са вођењем агресорског рата. Овом гледишту упућена је слична критика као и својевремено Резолуцији 3314, будући да један појам покушава да се објасни уз помоћ другог, исто тако нејасног појма. Пошто синтагма „агресивни рат“ нигде није појашњена, овакав приступ је био од мале користи. Према: Clark, Roger S., *Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, *LJIL* 2002,15, p. 878. Друго гледиште било је за добро опробану и до тад широко коришћену мешовиту дефиницију, која би садржала илустративан списак аката преузетих из Резолуције 3314. Поједине државе су истакле да поменута Резолуција, нарочито у делу егземпларног набрајања, представља међународни обичај. Трећа опција залагала се за општи приступ одређења агресије са посебним акцентом на употребу оружане силе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности у супротности са Повељом УН. Према: Weisbord, Noah, *Conceptualizing Aggression*, *Duke Journal Of Comparative & International Law*, 2009, pp. 5-7. Заједнички предлог поднеле су Грчка и Португалија према којем ...“агресија представља употребу оружане силе, као и наређење такве употребе од стране појединца који има извршну власт или који може да усмери политичку или војну акцију државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе супротно одредбама Повеље УН“. Према: UN Doc. PCNICC/1999/WGCA/DP.1, 7 December 1999, re-issued in UN Doc. PCNICC/2000/WGCA/DP.5, 28 November 2000. Поред овог, заједнички предлог био је поднет и од стране Босне и Херцеговине, Новог Зеланда и Румуније у коме се истицала разлика између концепата злочина агресије (почињеног од стране појединца) и аката агресије (који извршава држава). Предлог гласи: „1. Особа која изврши злочин агресије је она која има извршну власт над / или усмерава политичку или војну акцију државе, која намерно и свесно наређује или активно учествује у планирању, припреми, започињању или вођењу агресије почињене од стране те државе. 2. Агресија почињена од стране државе подразумева употребу оружаних снага ради напада на територијални интегритет или политичку независност друге државе супротно одредбама Повеље УН“. Према: UN Doc. PCNICC/2001/WGCA/DP.2, 27 August 2001. Касније су сами предлагачи признали да је једино постојала потреба да се дефинише злочин агресије, али су они сматрали пожељним да се појасни који то акти, почињени од стране државе, могу да доведу до индивидуалне кривичне одговорности, односно одређењу који би то акт државе могао створити услове за постојање одговорности појединца. Употребљени термини „намеран“ и „свестан“ уврћени су у предлог

евидентна два заједничка елемента својствена свим предлозима изнетим током дискусије. Прво, сви су се сложили да злочин агресије мора да се посматра као злочин руководећег кадра. Реч је о лицима која се налазе при врху хијерархијске лествице доносиоца одлуке у једној држави, односно у позицији су да могу усмеравати политику напада на другу државу. Друго, постојала је општа сагласност да је предуслов злочина агресије претходно извршење акта агресије од стране државе.⁶⁷

Предлог до кога је дошла Припремна комисија приликом првог састанка Скупштине држава уговорница намерно је избегао дефинисање који то акти државе могу представљати агресију. Одлучено је да се потрага за будућом дефиницијом врши у оквирима општег приступа, који је представљао осавремењену верзију одређења злочина агресије из Нирнбершког статута. Избегавање дефинисања који то акти државе представљају агресију, као предуслова индивидуалне кривичне одговорности, елегантно је постигнуто позивањем на Резолуцију 3314.

Рад припремне комисије имао је своју добру и лошу страну. Негативна стана је да финални предлог није био дат на време Скупштини држава уговорница. Међутим, велики број упућених предлога јасно је истакао значај одређења злочина агресије за већину држава. Поред тога, позитивно је што је успостављена сагласност држава да је агресија злочин појединаца на врху, који пак, могу бити одговорни једино уз испуњење значајног предуслова – извршења агресије од стране државе. Али најзначајнији помак био је методолошки, будући да се тада јасно истакла потреба за раздвајањем злочина агресије од аката агресије. Даљи рад искључиво је био фокусиран на проналажењу дефиниције злочина агресије као акта појединаца.

како би се истакао нужан субјективни елемент. Ови термини могу се посматрати и као излишни, имајући у виду да је тиме извршено непотребно понављање чл. 30 Римског статута. Упркос недостацима, поменути предлог представљао је значајан корак напред. Четврти предлог, истакнут од стране немачке делегације, био је да се дефиниција задржи на нивоу првопредложених верзија Припремног комитета. Сам шеф немачке делегације признао је да је дато гледиште изузетно рестриктивно, те да не води рачуна о убрзаном развоју модерног оружја. Према: Kaul, H. P, *The Crime of Aggression: Definitional Options for the Way Forward*, in Politi, M. and Nesi, G. (eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, p. 100.

67 Ibid, p. 98; Stancu, I. G, *Defining the Crime of Aggression or Redefining Aggression?*, in Politi, M. and Nesi, G. (eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, p. 88.

Припремна комисија такође је требало да сачини предлоге Елемената злочина агресије,⁶⁸ али је јако мало времена било посвећено том питању. Иако ова комисија није успела да у датом временском интервалу, до 2002. године преда коначан предлог, поднела је конструктиван извештај. У њему је предложено формирање специјалне радне групе која је требало да окупи делегације држава уговорница Римског статута, друге чланице УН и специјализоване агенције, а да се будући нацрт резолуције те радне групе разматра на ревизионој конференцији.⁶⁹ Септембра 2002. године, Скупштина држава уговорница поступила је по упућеним предлозима.

2.4. Рад Специјалне радне групе за злочин агресије

Рад Специјалне радне групе започет је тек јуна 2004. године, а јуна 2005. године, на другом заседању настављена је дискусија о међусобној повезаности одређења злочина агресије са облицима извршења.⁷⁰ У дуготрајним и опсежним дискусијама, покушано је да се пронађе најбоље правно-техничко решење. Прво је подразумевало допуну чл. 25 Римског статута, тако да у посебном пасусу буде појашњено да извршиоци овог кривичног дела једино могу бити особе на руководећим позицијама. Друго решење, пак, предвиђало је да се облици извршења појасне у самој дефиницији, што би довело до тога да се дефиниција не би тумачила у складу са чл. 25.

Рад Специјалне радне групе је све до 2008. године био посвећен искључиво процесним и техничким питањима. Уместо решавања повереног задатка одређивања Елемената бића кривичног дела, сви предлози тицали су се карактера дефиниције, односно старе дилеме да ли дефиниција треба да буде генералног или таксативног карактера. Показало се да је једина дотад усвојена дефиниција садржана у Резолуцији 3314 увек била доминантна водиља и инспирација, почетна и завршна тачка сваке расправе. Огроман утицај и укорењеност дефиниције из 1974. године истовремено су представљали и непремостиву препреку.

Најзад, 13. фебруара 2009. Специјална радна група поднела је коначни извештај Скупштини држава уговорница, наводећи предлог измена

68 Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/10, 17 July 1998.

69 UN Doc. PCNICC/2002/2/Add.2, 24 July 2002, p 2.

70 Kress, Claus, The Crime of Aggression before the First Review of the ICC Statute, Leiden Journal of International Law, 20, 2007, p. 855.

Статута.⁷¹ Поред тога, маја 2009. године, председник ове радне групе пустио је у оптицај и два предлога, од чега се један тицао елемената бића злочина агресије,⁷² а други услова под којима је могуће вршење надлежности МКС.⁷³ Посматрано заједно, ови документи послужили су као основа за преговоре на Првој ревизионој конференцији држава уговорница Римског статута.

2.5. Прва ревизиона конференција за измену Римског статута и дефиниција агресије

Прва ревизиона конференција Римског статута одржана је од 31. маја до 11. јуна 2010. године у граду Кампали у Уганди, а сазвана у складу са чл. 123(1) Статута МКС. Резултат рада Конференције било је усвајање два амандмана. Први амандман садржао је дефиницију агресије, а други се односио на проширење надлежности МКС на ратне злочине извршене у немеђународним оружаним сукобима.

Након две недеље интензивних дебата и година припремног рада,⁷⁴ 11. јуна 2010. године⁷⁵ Скупштина држава уговорница Статута усвојила је консензусом Резолуцију 6, која је носила назив „Злочин агресије“.⁷⁶ Треба

71 Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Annex II, 13 February 2009, Doc. ICC-ASP/7/20/Add.1.

72 Non-paper by the Chairman on the Elements of Crimes, 28 May 2009, доступно на: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/Non-paper-Elements-of-the-CoA-28May2009-ENG.pdf. (10.03.2015.)

73 Non-paper by the Chairman on the Elements of Crimes, 28 May 2009, доступно на: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/SWGCA/Non-paper-Elements-of-the-CoA-28May2009-ENG.pdf. (10.03.2015.)

74 Детаље и предлоге држава погледати: Kreß, Claus, von Holtendorff, Leonie, The Kampala Compromise on the Crime of Aggression, *Journal of International Criminal Justice* 8, 2010, pp. 1202-1208.

75 Заправо, то се десило 12. јуна, пошто је састанак настављен после поноћи.

76 У оперативном делу Резолуције 6, Скупштина држава уговорница Статута је одлучила да усвоји и три анекса. Анекс I садржи амандмане на Римски статут, пре свега укључивање чл. 8бис који дефинише домашaj злочина агресије, као и чл. 15бис и 15тер, који уређују вршење надлежности, али и неке мање измене Статута, као што је на пример брисање чл. 5(2) Статута МКС-а којим се извршило одлагање вршења надлежности Суда за злочин агресије. Анекс II наводи измене Елемената бића овог злочина, а како би се барем делимично одгонетнуле све двојбе, два Меморандума о разумевању укључени су у Анекс III који се односе на утврђивање аката агресије (Објашњења 6 и 7). Скупштина држава уговорница Статута одлучила је да се поновно разматрање амандмана о злочину агресије изврши тек седам година након установљавања надлежности МКС за ово дело. Ова одредба се пак, мора тумачити у вези са ставом 3 нова чл. 15бис и 15тер, који одређују да ће Суд своју јурисдикцију над злочиним агресије вршити тек након што се о томе донесе одлука, а најраније 1. јануара 2017. године.

истаћи да су припремни радови на чл. 8бис и Елементима злочина били су завршени много пре него што је отворена Ревизиона конференција јер су усвојени у свом неизмењеном облику, онако како их је предложила Специјална радна група 2009. године. Ниједна држава није желела да поново отвори Пандорину кутију инсистирањем на јаснијој или исцрпнијој дефиницији злочина агресије.⁷⁷

Дефиниција агресије по Резолуцији 6 додаје политички елемент у рад МКС, који подрива његову независност и не потврђује у потпуности забрану употребе силе сагласно Повељи УН, већ је сужава. Подсетимо да је ова дефиниција заснована на Резолуцији 3314 која је била осмишљена као политички водич при одређивању одговорности државе за агресију. Резолуција 6 такође уводи елемент интензитета, који није предвиђен Повељом. Члан 8бис (1) прописује: „*За потребе овог Статута, злочин агресије подразумева планирање, припрему, иницирање или извршење акта агресије, од стране особе у позицији да ефикасно врши контролу или да усмерава политичке или војне акције државе, који по свом карактеру, озбиљности и размери, представља очигледно кршење Повеље Уједињених нација*“. Ова одредба је тростуко значајна. Као прво, потврђује да је агресија злочин вођства, те га једино могу починити они у позицији да ефикасно врше контролу или да усмеравају политичке или војне акције државе. Дела почињена од лица која су деловала у приватном својству или која се налазе на нижем нивоу политичких или војних званичника државе су обично искључени. Друго, потврђује се да је индивидуална кривична одговорност за злочин агресије зависна од постојања акта државне агресије. Треће, завршни део реченице уноси додатни праг примене,⁷⁸ захтевајући да чин агресије по свом карактеру, тежини и обиму, представља „*очигледно кршење Повеље УН*“.

Пошто индивидуална кривична одговорност за злочин агресије не може постојати без претходно утврђене агресије државе, чл. 8бис (2) појашњава шта треба разумети под таквим актом државе. Први део дефиниције у потпуности преузима текст чл. 1(1) дефиниције агресије из Резолуције 3314 (која са своје стране представља разрађени чл. 2(4) Повеље УН) и односи се на употребу оружане силе од стране једне државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности

Већина потребна за усвајање ове одлуке је истоветна као и за усвајање амандмана на Статут, што се изузетно тешко може постићи.

77 D. Scheffer, States Parties Approve New Crimes for International Criminal Court, ASIL Insight Vol. 14, No. 16, 22 June 2010, p. 5.

78 Paulus, A, Second Thoughts on the Crime of Aggression, The European Journal of International Law Vol. 20 no. 4, 2010, pp. 1122-1123.

друге државе, или на било који други начин који није у складу са Повељом УН. Други део дефиниције агресије државе представља верну копију чл. 3 Резолуције 3314. Сам Римски статут у чл. 5(2) утврђује да дефиниција агресије мора донети у складу са релевантним одредбама Повеље. Имајући наведено у виду, као и чл. 2(4) Повеље, неопходно је било укључити и претњу употребом силе у дефиницију агресије, што је изостало у Кампали.⁷⁹

Чл. 8бис потврђује идеју која је раније била само предвиђена у општим цртама - да злочин агресије треба да буде ограничен само на политичке и војне лидере.⁸⁰ Елементи бића злочина, пак, не пружају конкретне индикације о томе које особе могу бити у стању односно на позицији да ефикасно врше контролу или усмеравају политичке или војне акције државе. Уместо тога се само појашњава могућност да то могу чини и више лица.⁸¹ Поједини аутори истичу да је недостатак конкретних критеријума још један знак да је „дефиниција излуђујуће нејасна“. Међутим, тумачење да је тиме имплицитно дата могућност да се то прошири на бројне високо позициониране дипломате, правнике, обавештајне аналитичаре и друге, се не чини уверљивим. С једне стране, општи праг примене потврђује да је спектар потенцијалних оптужених шири од пуког круга шефова држава и шефова влада и простире се на узак круг лица који врше политичко-војно вођење државе (по аналогiji са процесуирањем високих функционера у Међународном војном суду у Нирнбергу).⁸²

С друге стране, јасно је да, на пример, пилот који је извршио противправни ваздушни напад, не може бити директно кривично гоњен на основу чл. 8бис. Међутим, у данашње време лоби група и значајног уплива новца мултинационалних компанија или богатих појединаца у политичке токове земље, или пак утицаја религије и верских вођа на другим крајевима земљине кугле, умногоме замагљује дату формулацију.⁸³

Приликом рада на усвајању чл. 8бис била је присутна дилема да ли агресија треба да обухвати: 1) широк спектар кршења свеобухватне забране

79 Оштру критику усвојене дефиниције агресије у чл. 8 бис, погледати: Ferencz, Donald M, *The Crime of Aggression: Some Personal Reflections on Kampala*, *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, p. 907.

80 Било је држава и аутора који су водили жустру дебату поводом установљења прецизног прага примене као и сагледавања чињенице постојања јаког утицаја других држава на појаву и спровођење војних акција од стране других држава.

81 Resolution RC/Res.6, Amendments to the Elements of Crime, footnote 1.

82 R.S. Clark, *Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, Its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It*, Vol. 20 *E.J.I.L.* 2009, p. 1105.

83 Н. Раичевић, Прва конференција за ревизију статута Међународног кривичног суда, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2011, бр. 58, стр. 158.

употребе оружане силе према члу 2(4) Повеље УН, или 2) треба да буде ограничена само на тзв. „тврдо језгро“ најочигледнијих примера кршења *ius ad bellum*.

Већи број држава се залагао за ограничавање надлежности МКС само на случајеве „планирања, припремања, започињања или вођења агресорског рата“. Тај приступ би такође био у складу са дефиницијама садржаним у статутима Међународног војног Трибунала у Нирнбергу и Токију, као и у великом броју резолуција ГС УН. Такође је истакнуто да би се таквом формулацијом МКС одвратио од прекомерне јурисдикције.⁸⁴

Коначно решење нађено је у повезивању злочина агесије са актом агесије државе, попут оног из Резолуције 3314, уз додатан захтев да чин агесије по свом карактеру, тежини и обиму истовремено мора представљати очигледну повреду Повеље Уједињених нација. Дакле, само они акти агесије који су озбиљни, јаког интензитета и представљају очигледну повреду Повеље, могу бити стављени у надлежност МКС.⁸⁵ Тиме је утврђено да неће сваки акт агесије истовремено представљати очигледну повреду Повеље УН,⁸⁶ те поводом ње неће доћи до процесуирања. На први поглед, ситуација се чини јасном. Међутим, поставља се питање када и која то агесија не представља повреду Повеље? Повељом је рат забрањен, те свака агесија, „велика или мала“, већег или мањег интензитета и обима, представља повреду најбазичнијих принципа међународног права и грубо кршење Повеље. Интересантно је стога анализирати правничке флоскуле где се акти агесије стављају на вагу ради процене да ли би они условили последицу ангажовања МКС. Следствено томе, покушаји или претња агесијом такође су стављени ван правне дефиниције агесије за коју би МКС требало да постане надлежан.

Једина светла тачка је да су и такви случајеви обухваћени Повељом УН, ако не Римским статутом. Евентуалне будуће измене Статута МКС-а у правцу проширивања надлежности *ratione materiae* ка другим актима агесије ће по свему судећи, сачекати још доста времена.

84 Најистакнутија држава која се залагала за рестриктивније тумачење била је Немачка. Она је предлагала да се дефиниција ограничи на гоњење за дела која имају за циљ војну окупацију или припајање територије друге државе. UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 14 April 1998, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1.

85 Petty, Keith A, Sixty Years In The Making: The Definition of Aggression for the International Criminal Court, Hastings International & Comparative Law Review Vol. 31, 2008, pp. 12-13.

86 Resolution RC/Res.6, Amendments to the Elements of Crime, Elements, para. 3.

3. Закључна разматрања

У дуготрајној, али не и одлучној потрази за дефиницијом агресије, било је пуно лутања али и креативних предлога. Проблем приступа у дефинисању злочина агресије своди се на питање да ли ићи у прилог опште (генералне) дефиниције, попут оне која је дата у Нирнбершком статуту, или се залагати за енумеративан приступ попут оног који је дат у Резолуцији 3314. Аргументи постоје на обема гледиштима.

Сматра се да је употреба мање прецизне дефиниције кориснија, како би се њоме обухватиле све будуће или атипичне ситуације агресије које су могуће са све бржим развојем ратне технике и технологије. Са друге стране, енумеративно набрајање, макар и било *exempli causa*, послужило би већини држава као модел и тиме улило преко потребно поверење међу њима. Манљивост опште дефиниције је у великој арбитрарности која се може јавити због, са једне стране ужег или ширег тумачења непрецизне дефиниције, а са друге стране због накнадног утврђивања постојања агресије (*ex post facto*). Због тога се чини логичним да би све државе требало да се залажу за доношење прецизне правне дефиниције за ово међународно кривично дело. Међутим, потешкоће настају јер се агресија сматра политичким актом пре него правно недозвољеним актом.

Са друге стране, енумеративна дефиниција је такође манљива јер се увек јавља опасност, чак и извесност да неће обухватити све могуће случајеве, те да би се нужно искористиле правне празнине. Мана опште дефиниције је недостатак правне извесности јер се не може очекивати да ће таква дефиниција јасно и недвосмислено прописати забрањене активности. У другим гранама права, или чак код других кривичних дела, могуће је установљење опште дефиниције. Међутим, због доминантне политичке обојености злочина агресије, овакав приступ је незадовољавајући код покушаја правног дефинисања.

Као што је већ напоменуто, укључивање илустративне листе аката агресије у дефиницију има двоструку сврху: помаже у идентификовању најчешћих аката агресије без неопходности подвођења под општу дефиницију агресије. Осим тога, тиме се поставља стандард понашања који представља агресију и чиме је дата смерница у свим случајевима који не потпадају под наведене акте.

Примена свих приступа довела је до значајног расветљавања макар појединих, неспорних елемената. Може се то рећи да је то успешно учињено на плану злочина агресије, али не и агресије као акта државе. Развој индивидуалног кривичног права био убрзанији, а свакако и мање споран, те је дошло до усвајања двеју дефиниција – дефиниције из Статута

међународних *ad hoc* војних трибунала у Нирнбергу и Токију, а од 2010. године и дефиниције из ревидираног Римског статута. Свакако се мора бити реалистичан, те не вршити грубу критику усвојеног решења имајући у виду чињеницу да се дата проблематика налази у сржи поделе између међународног права и међународне политике. Треба се присетити да је уговорно дефинисање агресије у Римском статуту тек први корак у криминализацији агресије путем општеобавезујућег уговора те се и није могао очекивати превелики помак. Тек сада, када је усвојена ужа дефиниција злочина агресије, може се очекивати да државе оду даље у неким будућим амандманима Римског статута. Засад усвојен чл. 8бис Римског статута доводи до одговорности једино уколико је испуњен високи праг примене. Закључак је да су први кораци најмањи и најтежи, са надом да ће наредни бити крупнији и сигурнији.

Sanja Đorđević Aleksovski, LLB,
Teaching assistant
Faculty of Law, University of Niš

DEFINING THE CRIME OF AGGRESSION AS AN ACT OF AN INDIVIDUAL

Summary

Defining the crime of aggression as an act of an individual has been work in progress over a period of almost an entire century. The first legal definition of individual criminal liability for the crime of aggression was provided after the First World War. Unfortunately, as there was no trial, the scope of Article 227 of the Versailles Peace Treaty was conceived pro futuro. After the outbreak of the Second World War, the question arose whether aggression is punishable by international public law. Despite the presented arguments and counterarguments, the International Military ad hoc criminal tribunals in Nuremberg and Tokyo were established, but their statutes included an ambiguous and insufficiently precise definition of crimes against peace. Subsequently, there were numerous attempts to define the crime of aggression under the auspices of the United Nations. The International Law Commission adopted a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind in 1954, and two other draft codes on the same issue in 1991 and 1996, all of which included a broad definition of the crime of aggression. Unfortunately, these documents have only a doctrinal significance and they have never become legally binding. Finally, the adoption of the Rome Statute marked the establishment of the permanent International Criminal Court, and the question of finding a definition of the crime of aggression was raised again. However, because of the complexity of this issue, it was only at the Review Conference that the crime of aggression was finally introduced into the Rome Statute and entered the jurisdiction of the International Criminal Court. The essence of the long-awaited definition boils down to narrowing of the old definition of aggression in the field of soft law envisaged in Resolution 3314 of the UN General Assembly in 1974.

Keywords: *crime of aggression, individual criminal liability, international ac hoc criminal tribunals, Rome Statute, International Criminal Court.*

ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА О ПОЛОЖАЈУ ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Усвајање Законика о кривичном поступку из 2011. године, осим увођења јавнотужилачке истраге, донело је промене у погледу процесног положаја оштећеног у кривичном поступку. Аутори се баве достигнутим међународноправним стандардима о положају жртве у кривичном поступку, као и упоредноправном анализом улоге оштећеног и жртве у европско-континенталним и адверсијалним кривичним поступцима. Централно место у раду заузима критичка анализа позитивноправних одредби ЗКП-а, које се односе на могућност остваривања супсидијарне тужбе, утицаја оштећеног на примену условљеног опортунитета кривичног гоњења, као и процесног положаја у поступку закључења споразума о признању кривичног дела. Аутори закључују да положај оштећеног у кривичном поступку није у потпуности усаглашен са међународним стандардима, као ни са тенденцијом јачања утицаја жртве на ток кривичног поступка.

Кључне речи: оштећени, жртва, опортунитет, супсидијарни тужилац, споразум о признању кривичног дела.

1. Међународни стандарди права оштећеног и жртве кривичног дела

Политика сузбијања криминалитета, чак и ако је заснована на ефективним методама, никада неће у потпуности да елиминише криминалитет. Зато је неопходно помоћи жртвама да надокнаде своје губитке, превазиђу трауме

и обезбедити поштовање њихових интереса путем законске регулативе и правосудних органа.¹

Оштећени је кривичнопроцесни појам, који означава учесника у кривичном поступку, и углавном је одређен националним законом.² Оштећени је лице, коме су извршењем кривичног дела нека лична или имовинска права повређена или угрожена,³ и у кривичном поступку остварује различите процесне улоге.⁴ Појам жртве обухвата свако лице, које због учињеног кривичног дела трпи физичке или душевне последице, имовинску штету или повреду неког другог основног права или слободе. Дакле, жртва може, али и не мора да учествује у кривичном поступку.⁵ Поједини процесни закони осим појма оштећени користе и појам жртве. Оштећени може бити и шири појам од појма жртве.⁶ Заштитом жртве бави се пре свега виктимологија, која се залаже да се посебном правном регулативом уреди правни положај жртве и у току кривичног поступка.

Светско удружење виктимолога је 1982. године отпочело дискусије са званичницима Организације Уједињених нација с циљем доношења међународне регулативе, која ће пружити заштиту жртвама кривичних дела. Сарадња је изнедрила декларацију, која је Magna Carta Libertatum за жртве кривичних дела. Декларација УН основних правних принципа за жртве кривичних дела и злоупотребе моћи, усвојена 1985. године, дефинише појам жртве и налаже доступност правде и правичан третман за жртву, обухватајући и заштиту њеног процесног положаја. Под појмом жртве Декларација подразумева особу која је самостално или колективно, претрпела штету, укључујући физичке или менталне повреде, емоционалну патњу, економски губитак или значајно нарушавање својих основних права, услед чињења или нечињења, које представља кршење неког од кривичних закона државе чланице, укључујући и оне законе којима се

1 Irvin Waller, *Crime Victims: Doing justice to their support and protection*, Helsinki, 2003 стр.8

2 Члан 2 став 1 тачка 11 Законика о кривичном поступку Републике Србије дефинише оштећеног као лице чије је лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено.

3 Саша Кнежевић, *Кривично процесно право, општи део*, Ниш, 2015, стр. 151.

4 Више о томе: Иван Илић, Положај оштећеног у кривичном поступку, у: Мобилна правна клиника: од институције ка жртви, Ниш, 2014, стр. 219-236.

5 Момчило Грубач, *Процесноправни положај оштећеног према новом Законику о кривичном поступку Србије, Темида*, 2/2012 стр. 105-118

6 Закон о казненом поступку Републике Хрватске ("НН 145/13") у члану 202 став 2 тачка 12 дефинише оштећеног као жртву и другу особу чије је какво лично или имовинско право повређено или угрожено кривичним делом, а суделује у својству оштећеног у кривичном поступку.

злоупотреба моћи прописује као кривично дело. Жртва, такође, може обухватати и ужу породицу, или лица зависна од непосредних жртава. На тај начин овај појам обухвата и оштећеног, у процесном смислу, и пасивног субјекта, у материјалноправном смислу.

У Упутствима о улози тужилаца Организације Уједињених нација указује се на то да тужилаштва морају бити строго одвојена од судова, да морају имати активну улогу у кривичном гоњењу, а када је дозвољено законом, и активну улогу у истрази. Захтева се да тужиоци своју функцију обављају непристрасно, да дају примерене оцене о положају осумњиченог и жртве, да поклањају пажњу свим релевантним околностима, независно од тога да ли ове иду у корист или на штету осумњиченог, и да избегавају сваку политичку, верску, расну, културну, полну и било какву другу дискриминацију (тачка 10-13). Овакве поставке, засноване на идеализованој представи о улози самосталности тужилаштва, корисне су смернице, мотивисане управо праксом која често од такве представе одступа, али и тенденцијом да се негативна искуства с подложношћу тужилаштва спољашним утицајима превазиђу.⁷ Упутство с једне стране, подсећа да државе, у којима тужиоци располажу дискреционим овлашћењима, да ово право морају каналисати приступом с повећаним мерилима правичности и доследности (тачка 17), док се, с друге стране, препоручују алтернативе кривичном гоњењу, а тужиоцима, у складу са националним правом, намеће дужност да размотре одустајање од гоњења, условни и безусловни прекид поступка, или изузимање кривичног случаја из формалног правосудног система, уз пуно уважавање права осумњичених и жртава.

Препорука Комитета министара Савета Европе REC (87) 18 о поједностављеним формама поступања указује да орган поступка треба да врши своја овлашћења поштујући принцип да су сви грађани једнаки пред законом, начело индивидуалне субјективне одговорности, узимајући при томе у обзир околности које се односе на кривично дело (тежина, природа, околности под којима је дело учињено, последице), личност учиниоца, вероватну судску пресуду, дејство казне на окривљеног као и положај жртве. *Препорука Савета министара о улози јавног тужиоца у систему кривичног правосуђа, REC (2000) 19* прописује да у вршењу својих дужности, јавни тужилац треба нарочито да обавља своју дужност поштено, непристрасно и објективно, да поштује и штити људска права утврђена Конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, да настоји да осигура да кривичноправни систем функционише што је могуће ефикасније, али да треба да узме у обзир ставове и интересе жртава када су угрожени њихови

⁷ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 2012, стр.190

лични интереси, а Директива ЕУ 12/29 о минималним стандардима права, подршке и заштите жртава кривичних дела од 25. октобра 2012. године истиче право жртве на накнаду штете од окривљеног у оквиру кривичне процедуре. Државе чланице треба да обезбеде, у кривичном поступку, да жртве имају овлашћење да добију одлуку о накнади штете од окривљеног, у разумном року, осим ако национални закон предвиђа да ће се таква одлука донети у другом поступку.

Директива ЕУ 12/29 о минималним стандардима права, подршке и заштите жртава кривичних дела од 25. октобра 2012. године предвиђа да улога жртава у систему кривичног правосуђа и питање да ли могу да учествују активно у кривичним поступцима државама чланица, зависи од националног система и одређена је са једним или више критеријума. Притом се евалуира да ли национални систем даје жртви правни статус странке у кривичном поступку, те да ли је жртва носилац правног захтева, или захтева да учествује активно у кривичном поступку, примера ради као сведок. Меродавно је и да ли жртва има право прописано националним законом да учествује активно у кривичном поступку и да то захтева, где национални систем не предвиђа да жртва има правни статус странке у кривичном поступку. Државе чланице треба да одреде које ће од ових критеријума применити, како би постигли обим права предвиђен Директивом.⁸

У европско-континенталном кривичнопроцесном законодавству оштећени има ужа или шира права на кривично гоњење, и права у вези са кривичним гоњењем: право да гони учиниоце кривичних дела која се гоне по приватној тужби (функција оптужбе) и да преиспитује одлуку јавног тужиоца да не гони учиниоце кривичних дела (корективна функција). Корективна функција оштећеног се остварује на различите начине у националним законодавствима. Оштећеном се додељује процесна улога могућег тужиоца за кривична дела, која се гоне по службеној дужности, те улога супсидијарног тужиоца, а код одређених кривичних дела улога споредног тужиоца, али и различита правна средства којом се иницира одговарајућа одлука, односно налог, јавном тужиоцу да кривично гони. Код појединих категорија кривичних дела, кривично гоњење се предузима по предлогу оштећеног (иницирања јавне оптужбе). Оштећени има право да поднесе имовинскоправни захтев у кривичном поступку (функција покретања адхезионог поступка) и под одређеним условима може остваривати имовинскоправни захтев у кривичном поступку. Ако се позива и саслушава у својству сведока, има права и дужности сведока (функција доказног

⁸ Директива садржи минимум правила. Државе чланице могу проширити права предвиђена у Директиви како би постигле виши ниво заштите жртве.

средства).⁹ Оштећени има и значајна процесна права да предлаже доказе и учествује у њиховом извођењу.

Адверзијалне кривичне поступке карактерише слабија процесна улога оштећеног у кривичном поступку. Оштећени углавном не може да има својство овлашћеног тужиоца, и по правилу, нема могућност доказне иницијативе у кривичном поступку.¹⁰ Одузимање и знатно ограничавање жртвама процесних права у кривичној процедури адверзијалних поступака, довело је до борбе заговорника права жртва за интегрисање у кривични поступак. У САД, Crime Victims Rights Act (2004), иако не даје жртви статус странке у поступку, прописује јој процесна права на федералном нивоу и даје јој могућност да се у случају флагрантих кршења њених права од стране судија и јавних тужилаца пред судовима дистрикта, обрати посебним правним средством апелационом суду, како би се преиспитала одлука којом се окончава кривични поступак.¹¹

2. Упоредноправни приказ положаја оштећеног у кривичном поступку

При изради процесних закона у бившим социјалистичким земљама, готово редовно појављује се питање, да ли треба следити традиционално континентално-европски модел, или пак англо-амерички модел, којем се често придаје епитет “модернијег”, или би можда, према слогану “најбоље из оба света”, требало комбиновати елементе ових система.¹²

Немачки кривични поступак се сматра једним од «најкласичнијих» или «најтипичнијих» кривичних процедура континенталне Европе.¹³ Истрага је у Немачкој веома дуго поверена државном тужиоцу, али и поред тога оштећени има јаку позицију у кривичном поступку. Књига пета Закона о кривичном поступку Републике Немачке регулише положај оштећеног у кривичном поступку. Код таксативно наведених кривичних дела,

9 Више о томе: Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2012 стр. 11-15

10 Милан Шкулић, *Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка*, *Crimen*, 2/2013 стр. 176-234

11 Више о томе: Danielle Levine, *Public wrongs and private rights: Limiting the victim's role in a system of public prosecution*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 104,1/2010 стр. 335-337

12 Stefan Pürner, *Predgovor - Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, (prevod dela: Strafprozessordnung -StPO, prevodilac: Авдић Е.), University press-Magistrat izdanja, Sarajevo, 2011 стр. XV

13 Milan Шкулић, *Доминантне карактеристике, op.cit.* стр. 176-234

оштећени путем приватне тужбе може без претходног обраћања тужилаштву тражити гоњење. Код кривичних дела против личних добара, оштећени има овлашћење да се јавној оптужници прикључи као споредни тужилац. Придруживање је допуштено у свакој фази поступка.¹⁴ Након прибављеног мишљења тужилаштва, суд одлучује да ли то лице има право да се придружи оптужници као споредни тужилац.

Ако тужилаштво не прихвати поднесени предлог за подизање оптужнице или по окончању истраге нареди да се обустави поступак, о тој одлуци треба да обавести предлагача. Ако је предлагач истовремено и оштећени, оштећени има право приговора код надређене особе у тужилаштву, о чему се подучава. Против решења надређене особе у тужилаштву, којим се одбија жалба предлагача, исти има право да тражи судску одлуку, а о предлогу за судску одлуку одлучује виши покрајински суд. Ако нађе да је предлог основан, налаже тужилаштву подизање оптужнице.¹⁵ Дакле, право на преиспитивање одлуке јавног тужиоца да не гони подразумева ефективну двоструку контролу, примарно хијерархијску, у оквиру унутрашње организације тужилаштва, а супсидијарно судску, од стране вишег суда.

Уз сагласност суда, који је надлежан за отварање главног претреса и осумњиченог, тужилаштво може, привремено одустати од подизања оптужнице и истовремено осумњиченом наметнути обавезе и наредбе (параграф 153а StPO).¹⁶ Тужилаштво и суд треба у свакој фази поступка да испитују могућност постизања нагодбе између осумњиченог и оштећеног. Нагодба се не може прихватити ако је оштећени изричито против ње (параграф 155а StPO).

И у Немачкој се међутим, развила пракса, по којој за признање или делимично признање кривице, суд оптуженом може обећати ублажавање казне.¹⁷ Споразумевање у кривичном поступку од 2009. године постаје и законска могућност. Саставни део споразума о признању кривице је признање. Не односи се на правну квалификацију кривичног дела, нити суд може да обећа одређену казну, већ само да одреди горњу или доњу

14 Након доношења пресуде придруживање се може извршити путем улагања правних лекова.

15 Параграф 171-175 StPO

16 Ако је оптужница већ подигнута, суд уз сагласност тужилаштва може до краја главног претреса на којем је чињенично стање испитано, привремено обуставити поступак и истовремено оптуженом изрећи обавезе и наредбе.

17 Schröder F.C.: Увод – in: *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke*, (prevod dela: Strafprozessordnung -StPO, prevodilac: Avdić E.), University press-Magistrat izdanja, Sarajevo, 2011 str. XXII.

границу казне.¹⁸ Закон о кривичном поступку Немачке предвиђа судски модел споразумевања. Споразум ће се постићи ако странке у поступку прихвате предлог суда. Суд не одлучује о споразуму, већ активно учествује у поступку споразумевања.

У француском кривичном поступку жртва може да оптира да ли ће имовинскоправни захтев да поднесе у парничном, или у кривичном поступку. Ако се одлучи за кривични поступак, жртва подноси тужбу о којој одлучује суд. Ако је суд прихвати, таква одлука обавезује јавног тужиоца да предузме кривично гоњење. Уколико је јавни тужилац самостално поднео јавну тужбу, жртва се као умешач укључује у кривични поступак. По захтеву или уз сагласност жртве, пре предузимања кривичног гоњења, предвиђа се могућност медијације тужилаштва између жртве и осумњиченог о чему се, ако се постигне споразум, саставља посебан извештај.¹⁹

Француско процесно право познаје страначки споразум о признању кривице и у оквиру процедуре закључивања споразума предвиђа више одредби које се односе на права жртве. Жртва се мора обавестити о процедури закључивања споразума о признању кривице, позива се да се појави пред судом када и осумњичени, да поднесе тужбу и да захтева накнаду штете.²⁰

Тужилачка истрага се у Хрватској уводи 2008. године. Закон о казненем поступку, разликује права жртве, оштећеног и приватног тужиоца. Жртва има значајна права, између осталог и право да суделује у кривичном поступку као оштећени, право на обавештење од државног тужиоца о предузетим радњама, поводом њене пријаве и, с тим у вези, право на подношење притужбе вишем државном тужиоцу. Од жртве ће се узети изјава да ли жели да суделује у кривичном поступку као оштећени.²¹ Оштећени има право да преузме кривично гоњење од стране државног тужиоца. Када државни тужилац утврди да нема основа за прогон за кривично дело, за које се кривични поступак покреће по службеној дужности, ду-

18 Уколико суд размотри отварање главног претреса, са учесницима у поступку може да сагледа актуелно стање поступка, уколико се то чини подобним за напредовање поступка. О битним елементима садржаја овог разматрања сачињава се записник (параграф 202a StPO). Суд није везан споразумом ако се у међувремену појаве нове околности из којих произлази да предложени распон кажњавања није адекватан у односу на кривично дело, а пре свега, степен кривице.

19 Члан 41-1 став 1 тачка 5 Code de procedure penale

20 Члан 495-13 Code de procedure penale

21 Чланом 46 Закона о казненем поступку је прописано да жртва која није обавештена о праву да у поступку суделује као оштећени има право пријавити се као оштећени до подизања оптужнице, полицији или државном тужилаштву, а до завршетка расправе суду.

жан је да у року од 8 дана о томе извести оштећеног и упутити га да може сам предузети прогон.²² Решење о потврђивању оптужнице се доставља и оштећеном, а ако се против решења већа жалио само оштећени и жалба се прихвати, сматра се да је преузео кривични прогон.

Посебно је значајна улога оштећеног код условљеног опортунитета. Државни тужилац, може тек након претходно прибављене сагласности жртве или оштећеног, решењем условно одгодити или одустати од кривичног прогона, ако окривљени преузме било коју од наведених обавеза.

Побољшава се положај оштећеног код страначког споразума о кривици. Државни тужилац је дужан да одмах након потписивања изјаве странака за доношење пресуде на темељу споразума странака обавести жртву или оштећеног. За поједина кривична дела, државни тужилац мора прибавити сагласност жртве за споразумевање.²³

Нови законик о кривичном поступку Црне Горе донесен је 2009. године. Овај закон такође уводи тужилачку истрагу. Задржан је институт супсидијарне тужбе и у раним процесним фазама. У случају да државни тужилац нађе да нема основа да предузме кривично гоњење, дужан је да у року од 8 дана, о томе да обавести оштећеног, упутити га да може сам предузети гоњење и доставити му решење о одбацавању кривичне пријаве.²⁴ На исти начин поступиће државни тужилац и када донесе наредбу о обустави истраге.

Оштећени добија значајно место у поступку споразумевања. Предмет споразума је и имовинскоправни захтев. Суд о споразуму о признању кривице одлучује на рочишту о коме се обавештава оштећени и пуномоћник. Суд усваја споразум ако утврди да споразумом нису повређена права оштећеног.

Насупрот наведеним законским решењима, у кривичном поступку БиХ маргинализована је улога оштећеног. Реформом законодавства 2003. године, оштећени је изгубио својство овлашћеног тужиоца, односно елиминисане су приватна тужба и супсидијарна тужба. О неспровођењу истраге, као и разлoзима за то, тужилац ће обавестити оштећеног и подносиоца пријаве у року од три дана. Оштећени и подносилац пријаве имају право да поднесу притужбу, у року од 8 дана, уреду тужиоца.²⁵ О повлачењу оп-

22 Члан 55 став 1 Закона о казном поступку

23 кривична дела против живота и тела и против полне слободе за која је прописана казна затвора тежа од пет година (члан 360 став 6 Закона о казном поступку)

24 Члан 59 Законика о кривичном поступку Црне Горе

25 Члан 216 став 4 Закон о кривичном поступку БиХ

тужнице и обустави кривичног поступка, оштећени се само обавештава, али нема право на притужбу уреду тужиоца.²⁶ Право на преиспитивање одлуке јавног тужиоца да не гони у најранијој фази се везује за подносиоце кривичне пријаве, а не искључиво за оштећеног, а од момента подношења оптужнице, елиминисана је контролна улога оштећеног.

У погледу споразума о признању кривице, јача положај оштећеног. Закон није предвидео обавезу тужиоца да о поступку преговарања о кривици обавести оштећеног, али оштећени има право да буде обавештен од стране суда да је споразум о признању кривице прихваћен, односно да је одбачен. Суд приликом разматрања споразума провере да ли је оштећеном пружена могућност да се изјасни о имовинскоправном захтеву.

Једна од одлика адверзијалног кривичног поступка је да жртва углавном не може да има својство странке у поступку, и да се предност даје дискреционој оцени органа кривичног гоњења, да ли ће у конкретном случају предузети гоњење. Заговорници права жртава у САД воде успешну борбу да се жртвама обезбеде формална права учесника у кривичном поступку и у томе имају и значајну политичку подршку. Crime Victims Rights Act (2004) представља победу, у том смислу, и таксативно набраја права жртава кривичних дела у федералној надлежности. Према Акту, жртва има право на заштиту од окривљеног, право на обавештење о кривичној процедури, право да учествује у поступку, право да буде саслушана, право на консултације са заступником тужилаштва, право на реституцију, право на суђење у разумном року, право на фер третман, поштовање достојанства и приватности. Осим тога, жртва има право да се, у случају флагрантих кршења њених права, предвиђених Актом, од стране судија и јавних тужилаца пред судовима дистрикта, обрати посебним правним средством (*petition for a writ of mandamus*) апелационом суду како би се преиспитало окончање поступка путем споразума о признању кривице или пресуђења. С друге стране, Акт треба тумачити тако да се обезбеде дискрециона овлашћења јавног тужиоца и судије, који поред интереса жртве морају да воде рачуна и о правима окривљеног и о интересу друштва о целини. Жртве заслужују третирање са поштовањем и да се интегришу у кривични поступак, али форсирање тужилаца и судија да издигну права жртве изнад окривљеног и интереса јавности, може бити препрека за фер и правично пресуђење кривичноправне ствари.²⁷

26 Од момента потврђивања оптужнице до почетка главног претреса одобрење даје судија за претходно саслушање који је потврдио оптужницу.

27 Danielle Levine, *Public wrongs ...*, *op.cit.*.стр.361

У кривичном поступку Велике Британије жртва може бити сведок у кривичном поступку, а кривично гоњење поверено је Крунској служби гоњења (The Crown Prosecution Service). Посебан значај, има одлука Апелационог суда у случају *Killick (R v Christopher Killick [2011] EWCA Crim 1608)*²⁸ која је потврдила право жртве на преиспитивање одлуке о кривичном гоњењу, позивајући се и на Директиву ЕУ 12/29 о минималним стандардима права, подршке и заштите жртава кривичних дела од 25. октобра 2012. године. Кодекс CPS предвиђа интерну процедуру за остваривање права и посебне разлоге да би дошло до промене одлуке тужиоца. Одлука да се кривично не гони је коначна, осим у изузетним, нарочито сложеним случајевима. Водич за право жртве на преиспитивање одлуке тужиоца, од 5. јуна 2013. године, предвиђа да је други тужилац надлежан да поново испитује одлуку да се кривично не гони.²⁹ Само теоретски одлука тужиоца би могла да подлеже судској контроли, али се у пракси даје предност широким дискреционим овлашћењима CPS приликом доношења одлуке, који случајеви ће бити кривично гоњени.

3. Оштећени као супсидијарни тужилац у кривичном поступку Србије

Према слову закона, оштећени као тужилац је лице, које је преузело кривично гоњење од јавног тужиоца (члан 2. став 8. ЗКП). Реч је о могућности, установљене као гаранција за оштећеног, од незаконитог или несавесног поступања јавног тужиоца. За кривична дела, чијим извршењем се вређа претежно јавни интерес, примарни овлашћени тужилац је јавни тужилац. Он има приоритет у предузимању кривичног гоњења, када се стекну стварни и правни разлози. Но, како се извршењем кривичног дела вређа и приватни интерес оштећеног, потребно је пружити му могућност предузимања кривичног гоњења, у виду коректива поступања јавног тужиоца. Стога, кад јавни тужилац сматра да нема места гоњењу, што ће се процесно манифестовати одбацивањем кривичне пријаве, оштећени може да иницира кривично гоњење. Уколико јавни тужилац у току поступка одустане од даљег гоњења, оштећени може да преузме кривично гоњење и да настави да заступа оптужбу.

Оштећени, као и сваки други грађанин, има право да поднесе кривичну пријаву надлежном јавном тужиоцу (члан 281. ЗКП). Поступајући по

²⁸ Доступно на web – страни: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2011/1608.html> [28.04.14]

²⁹ Доступно на web – страни: http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/reconsidering_a_prosecution_decision/ [28.04.14]

кривичној пријави, јавни тужилац може закључити да нису испуњени услови за кривично гоњење. У том случају, донеће решење о одбацивању кривичне пријаве. Јавни тужилац је дужан да о томе обавести оштећеног, у року од 8 дана (члан 284. став 2. ЗКП). На решење о одбацивању кривичне пријаве, оштећени може поднети приговор, непосредно вишем јавном тужиоцу, у року од 8 дана, од дана када је примио обавештење, а најкасније у року од 3 месеца, од дана када је јавни тужилац одбацио кривичну пријаву. Непосредно виши јавни тужилац дужан је у року од 15 дана да усвоји или одбије приговор. Ако усвоји приговор, издаће обавезно упутство непосредно нижем јавном тужиоцу да предузме кривично гоњење. На усвојени или одбијени приговор није дозвољено изјављивање жалбе. Закључак је да оштећени, заправо, не може предузети супсидијарно кривично гоњење, у истрази. То је новина, у односу на, до сада важеће решење, према којем је оштећени имао право да предузме гоњење давањем изјаве пред надлежним судом, у законом предвиђеном року (члан 61. став 2. ЗКП из 2001. године). Оваквом регулативом, гаси се право на иницијалну супсидијарну тужбу. Са друге стране, тешко је очекивати да ће оштећени успети са приговором непосредно вишем јавном тужиоцу, с обзиром на хијерархијско уређење јавног тужилаштва. Осим тога, на одлуку о одбијању приговора, оштећени нема право жалбе. На тај начин је доведено у питање право на приступ суду, које проистиче из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Редукција супсидијарне тужбе последица је прихваћеног става законодавца, да се на овај начин растеређује правосуђе од великог броја оптужних аката, поднетих од стране оштећених, који су често били неутемељени. Страх од супсидијарне тужбе ипак није оправдан. Пракса је показала да се оштећени ретко опредељују да преузимају кривично гоњење, јер насупрот жељи за осветом често постоји страх, а неретко и недостатак материјалног интереса, поготово ако је штета на неки начин надокнађена. Наш законодавац се определио за компромисорно решење, да задржи праву супсидијарну тужбу, од потврђивања оптужнице, а да у фази претходне процедуре иницијално омогући двостепеност одлучивања, али унутар устројства јавног тужилаштва. На тај начин је, формалноправно, омогућена извесна контрола кривичног гоњења, од стране оштећеног, чија је делотворност дубиозна.

Према члану 49. ЗКП, јавни тужилац може одустати од кривичног гоњења, од потврђивања оптужнице, до завршетка главног претреса, пред првостепеним судом, односно на главном претресу пред другостепеним судом, у жалбеном поступку. Сагласно томе, оштећени може преузети гоњење, од потврђивања оптужнице, у случају када јавни тужилац изјави

да одустаје од оптужбе. Уколико је оштећени присутан на припремном рочишту или рочишту за главни претрес, дужан је да се одмах изјасни, да ли жели да настави гоњење. У супротном (када из оправданих разлога није присутан), суд ће га, у року од 8 дана, обавестити о одлуци јавног тужиоца, да одустаје од оптужбе, и поучити о праву да настави гоњење. Оштећени је дужан да се у року од 8 дана, од пријема обавештења, изјасни о преузимању гоњења. Уколико није обавештен, оштећени има рок од 3 месеца, од дана када је јавни тужилац одустао од оптужбе, да се изјасни, да ли жели да настави кривично гоњење и заступа оптужбу (члан 52. став 2. ЗКП). Међутим, у случају да оштећени није приступио припремном рочишту или рочишту за главни претрес, из неоправданих разлога, или му се позив није могао уручити услед непријављивања суду промене пребивалишта или боравишта, наступа процесна претпоставка да не жели да настави кривично гоњење. У тој ситуацији суд, ће донети решење о обустави поступка (пре почетка главног претреса), или пресуду којом се оптужба одбија (на главном претресу).

Оштећени, који из оправданог разлога није могао да дође на припремно рочиште, или на главни претрес, има право да молбом тражи повраћај у пређашње стање, *restitutio in integrum* (члан 226. став 2. ЗКП). Ово право припада му и у случају, ако је из оправданих разлога пропустио да обавести суд о промени пребивалишта, или боравишта. Субјективни рок за предају молбе за реституцију је 8 дана, од дана престанка сметње, а објективни рок је 3 месеца, од дана када је донета одлука о обустави поступка, или пресуда којом се оптужба одбија. О молби за повраћај у пређашње стање одлучује судија појединац, или председник већа, који је донео одлуку о обустави поступка, или одбијајућу пресуду.

4. Улога оштећеног у примени опортунитета кривичног гоњења

Законик о кривичном поступку из 2001. године је увео начело опортунитета кривичног гоњења и према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Општа карактеристика измена и допуна ЗКП из 2009. године, као и ЗКП из 2011. године је ширење поља могуће примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима, и то пре свега преко три могућа вида споразумевања јавног тужиоца и окривљеног, скраћеног кривичног поступка и начела опортунитета кривичног гоњења.³⁰ Најпре је јавни тужилац одлуку о одлагању кривичног гоњења могао донети само уз

³⁰ Станко Бејатовић, *Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона – у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)*, Београд, 2013. стр.11-32

сагласност суда, а затим се повећао круг кривичних дела за која се могао применити институт опортунитета, при чему се се улога суда у примени начела опортунитета сузила на тежа кривична дела.³¹

Нови ЗКП из 2011. године доноси даље значајне новине у вези са поједностављеним формама поступања. Према ранијем решењу јавни тужилац је за извршење појединих обавеза окривљеног морао имати сагласност оштећеног, или је та сагласност била изузетно супституисана одлуком ванпретресног већа.³² Учешће оштећеног у поступању јавног тужиоца по начелу опортунитета кривичног гоњења је, према ЗКП из 2011. године, у потпуности елиминисано. Смисао ове промене је да се додатно поједностави форма поступања, избегну опструкције и повећа ефикасност.³³ Када осумњичени у року, који је одређен наредбом јавног тужиоца, изврши предвиђене обавезе, јавни тужилац ће одбацити кривичну пријаву. О доношењу решења о одбачају кривичне пријаве, јавни тужилац је дужан да обавести оштећеног, али у том случају оштећени неће имати право да изјави приговор на одлуку јавног тужиоца да не предузме гоњење. Судску контролу опортунитета, сада у потпуности замењује контрола у оквиру унутрашње организације јавног тужилаштва.³⁴

На тај начин је положај оштећеног потпуно маргинализован, у односу на решење из раније важећег ЗКП. Према раније важећем закону, оштећени је остваривао утицај на условни опортунитет, на тај начин што је давао сагласност на примену појединих обавеза (да плати одређени износ у хуманитарне сврхе, да се подвргне друштвенокорисном или хуманитарном

31 Изменама и допунама из 2009. године јавни тужилац је могао да одложи кривично гоњење и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко три године, а до пет, и уз сагласност суда (пред којим се води главни претрес, ванпретресног већа) од започињања до завршетка главног претреса.

32 Сагласност оштећеног је била потребна за плаћање одређеног новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе и за обављање друштвенокорисног рада (члан 236 став 4 ЗКП). Када јавни тужилац оцени да оштећени коме је у потпуности накнађена причињена штета, из очигледно неоправданог разлога не пристаје да осумњичени изврши наведене обавезе, а јавни тужилац нађе да је извршење таквих обавеза целисходно, затражиће да веће из члана 24 став 6 својим решењем одобри извршење тих обавеза.

33 Предлагач закона, као циљ новина у кривичном поступку, истиче потребу за бржим кривичним поступком који треба да доведе до ефикаснијег поступка.

34 У Закону о јавном тужилаштву је такође наглашено да су јавни тужилац и заменик јавног тужиоца самостални од извршне и законодавне власти, да су дужни да очувају поверење у своју самосталност, да своје одлуке морају да образлажу само надлежном јавном тужиоцу, и да нико изван јавног тужилаштва нема право да им одређује послове, нити да утиче на њихово одлучивање у предметима.

раду). Према позитивноправним одредбама, оштећени је потпуно лишен могућности утицаја на примену условног одлагања гоњења, што се коси са смислом овог важног инструмента ресторативне правде. Полазећи од идеје одвојености процесних улога, законодавац је питање кривичног гоњења, па тиме и његовог одлагања, оправдано препустио искључиво надлежности јавног тужиоца, као процесног субјекта којем је ова власт поверена. Законик се заснива на уверењу да ће јавни тужилац, као државни орган у чијој надлежности је, између осталог, и старање о правима оштећене стране, адекватно штитити интересе оштећеног, те му је и овде пружена могућност несметаног одлучивања.³⁵ Заштита интереса оштећеног се огледа у томе да национални систем омогућава оштећеном да, када му штета није у потпуности или делимично надокнађена од стране осумњиченог, имовинскоправни захтев остварује у парничном поступку.

5. Утицај оштећеног на закључење споразума о признању кривичног дела

Законом о изменама и допунама ЗКП, из 2009. године, уведен је институт споразума о признању кривице,³⁶ који је из англосаксонског система,³⁷ прешао у европско-континентални систем. Његове основне карактеристике су преговарање између јавног тужиоца и окривљеног о признању кривице, постизање споразума, и одлука суда да ли ће да га прихвати или не. Оштећено лице учествује у закључивању споразума о признању кривице, а заштита његових права поверена је и суду. Одредбом члана 282 в став 1 тачка 3 ЗКП из 2009. године предвиђено је да обавезни елемент споразума о признању кривице представља споразум о имовинскоправном захтеву. О рочишту на коме се одлучује о споразуму о признању кривице, обавештавају се оштећени и његов пуномоћник (члан 282 в став 5 ЗКП). Суд ће образложеним решењем усвојити споразум о признању кривице ако утврди да њиме нису повређена права оштећеног или да он није противан

35 Ibid.p.656

36 Преговарање о признању кривице је механизам путем кога се кривични случај разрешава без суђења, споразумом укључених страна. Споразум се састоји у признању кривице од стране оптуженог у замену за тужиочево обећање да ће га теретити за мање него што омогућују докази, да га неће теретити за нека дела или да ће тражити одређену казну. Вања Вајовић, *Sporazum o priznanju krivice*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, vol. 47, 3/2009 стр. 319-333

37 У америчкој литератури се наводи да, како на нивоу држава, тако и на савезном нивоу, најмање 90% свих “кривичних случајева” никада не доспе на суђење, јер се тужилац и бранилац оптуженог договоре о оптужби и “пресуди коју ће “држава” предложити суду”. v. – Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014 стр. 332-333

разлозима правичности (члан 282 v став 8 тачка 5 ЗКП). Против решења којим се усваја споразум, жалбу могу изјавити оштећени и његов пуномоћник (члан 282 g став 2 ЗКП). О жалби одлучује кривично ванпретресно веће које контролише да ли постоји повреда права оштећеног.

Законик из 2011. године у одредби члана 313 став 6 ЗКП предвиђа дужност јавног тужиоца да пре закључења споразума позове лице, које има право да поднесе имовинскоправни захтев да то и учини, уколико га до тада није поднело. Након оваквог позива, овлашћено лице може и даље да слободно одлучи о томе да ли ће захтев поднети или не. Ипак, наведена одредба је од посебног значаја, имајући на уму да једном када је имовинскоправни захтев поднесен, споразум о овом захтеву постаје обавезни део споразума (члан 314 став 1 тачка 4 ЗКП). Може се увидети да споразум о имовинскоправном захтеву, постављен као обавезан елеменат споразума о признању кривичног дела, може да створи могућност опструкције постизања споразума, уколико оштећени кривичним делом свој захтев усмери тако да његово остварење (па самим тим и споразум у том погледу у оквиру споразума о признању кривичног дела) практично буде немогуће, јер би на пример, захтев који би се тицао накнаде штете био потпуно нереалан и сл.³⁸

С циљем одлучивања о споразуму о признању кривичног дела заказује се рочиште, на које се позивају странке и бранилац. Суд пресудом прихвата споразум о признању кривичног дела, којом оглашава окривљеног кривим. Странке и бранилац могу изјавити жалбу против пресуде у два случаја. Ако постоји неки од разлога за обуставу кривичног поступка, прописан у делу који се односи на испитивање оптужнице од стране кривичног ванпретресног већа (дело није кривично дело, околности које трајно искључују гоњење, нема доказа за оправдану сумњу), и у случају да нема идентитета пресуде и предмета споразума. Дакле, улога оштећеног новим Законом сужава се само на могућност да поднесе имовинскоправни захтев, а суд нема дужност контроле да ли су споразумом о признању кривичног дела повређена права оштећеног.

Споразум о признању кривичног дела може да садржи елементе опортунитета, јер се, као факултативни елеменат споразума, може предвидети изјава окривљеног да прихвата обавезе, везане за институт одлагања кривичног гоњења, и то само у случају да су обавезе такве природе да окривљени може да почне да их извршава пре него што се поднесе споразум суду.³⁹

38 Ibid. стр.336

39 члан 314 став 2 тачка 2 ЗКП

Препорука Комитета министара Савета Европе REC (87) 18 о поједностављеним формама поступања истиче споразуме постигнуте ван суда као облик поједностављене форме поступања. Закон треба да пропише услове које надлежни органи могу да понуде окривљеном и, међу њима, дозвољавање одговарајуће накнаде жртви кривичног дела или пре споразума или у оквиру њега. У стручној литератури постојећа законска решења подлежу критици, те преовладава мишљење да уместо да законодавац ојача улогу оштећеног у склапању страначких споразума, јавног тужиоца је и овде ослободио утицаја и сарадње оштећеног.⁴⁰ С друге стране, у пракси се већ искристалисао став да се под споразумом о имовинскоправном захтеву, подразумева и страначки споразум да се оштећени, упути да га остварује у парничном поступку.⁴¹ Заштита интереса оштећеног, сходно томе, може се остварити у парничном поступку, а одлука о имовинскоправном захтеву, који има адхезиони карактер, као и приликом доношења пресуде након спроведеног главног претреса, доноси се када се не доводи у питање брзина и ефикасност решавања главног предмета кривичног поступка.

У интересу ефикасности, додатно се поједностављују форме поступања у кривичном поступку и с тим у вези битно смањују права оштећеног у кривичном поступку. С друге стране, поставља се питање оправданости ових решења имајући у виду правни положај јавног тужилаштва у Републици Србији и чињеницу да су у државама европскоконтиненталног система, као и у државама англосаксонског система, учестале стручне дискусије и практичне последице додатне заштите права жртава у кривичном поступку.

Закључак

Усвајање Законика о кривичном поступку из 2011. године донело је бројне новине, којима се прави заокрет ка сасвим другачијем моделу кривичног поступка, од дотадашњег. То је имало реперкусије на положај оштећеног. Иако, у поређењу, са англо-америчким кривичним поступком, оштећени и даље има значајнији утицај на ток и исход поступка, може се уочити сужавање права, у односу на до тада важећу регулативу. Право на супсидијарну тужбу је омогућено тек од потврђивања оптужног акта. Не постоји утицај оштећеног на примену условног одлагања кривичног гоњења, иако је реч о инструменту ресторативне правде. Ни у поступку

40 Стиче се утисак да се “законодавац” уплашио да ће присуство оштећеног отежати реализацију идеје о консензуалном решавању кривичних предмета за коју верује, добрим делом претерано и неоправдано, да ће решити неке од основних проблема кривичног поступка. v. – Момчило Грубач, *op. cit.*, стр. 105-118

41 Шукулић М., *Кривично процесно право*, Београд, 2014 стр.336

закључења страначког споразума о признању кривичног дела оштећени нема значајнију улогу, иако би његова активнија улога пружила могућност да јавни тужилац и суд сазнају, да ли је окривљени предузео неке кораке, који би исходовали репарацијом оштећеног.

На основу међународноправних стандарда можемо закључити да право оштећеног на приступ суду подлеже законским ограничењима, која не смеју задирати у суштину права оштећеног да преиспитује одлуку јавног тужиоца да не гони и да су јавни тужиоци дужни да воде процедуру пре судова и да пруже заштиту људским правима и слободама. Нови ЗКП ограничава право оштећеног на приступ суду у односу на ранији процесни закон и као начин остваривања права оштећеног, у процесној фази пре потврђивања оптужнице, бира хијерархијско преиспитивање одлуке јавног тужиоца, а након овог процесног момента опредељује се за давање овлашћења оштећеном да кривично гони.⁴²

У односу на раније важећи процесни закон, дошло је до значајне деградације положаја оштећеног,⁴³ и то у оном делу, у коме је посебно важно учешће овог процесног субјекта. Стога се може оценити да је оштећени, у извесној мери, дискриминисан, у односу на супротстављеног кривичноправног субјекта, чиме се затварају врата за могућност остварења циљева ресторативне правде, када је то могуће. Осим тога, активније учешће оштећеног има директан утицај на моралну репарацију, а са друге стране, утиче на правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања у кривичном поступку. Слабљење утицаја оштећеног на покретање и ток кривичног поступка, зарад ефикасности, може бити оправдано једино након измењеног уставног и законског положаја јавног тужилаштва, као органа правосуђа, како би се делотворно остваривало право на приступ суду.

42 Ивана Миљуш, Бојана Станковић, *Надлежност кривичног ванпретресног већа у фази истраге и оптужења-проблеми у пракси*, у: Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет, Златибор, 2015, стр. 586.

43 Више о томе: Иван Илић, *Деградација положаја оштећеног у кривичном поступку Србије*, у: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. св. 2, Косовска Митровица, 2015, стр. 239-252.

Ivan Ilić,

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Ivana Miljuš,

Faculty of Law, Univeristy of Belgrade

APPLICATION OF INTERNATIONAL STANDARDS CONCERNING THE POSITION OF THE INJURED PARTY IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The Criminal Procedure Code of 2011 has brought about significant changes, including the introduction of the public prosecutor's investigation and changes in the procedural position of the injured party in criminal proceedings. In this paper, the authors examine the international law standards on the position of the victim and the injured party in criminal proceedings, and provide a comparative analysis of relevant provisions in the European-continental and adversarial criminal procedure systems. The focal point of this paper is a critical analysis of applicable provisions of the Serbian Criminal Procedure Code (CPC) referring to the possibility of raising a subsidiary complaint, the injured party/victim's impact on the application of the conditioned opportunity of criminal prosecution, as well as the procedural position in the process of concluding plea-bargaining agreements. The authors conclude that the position of the victim in criminal proceedings is not fully compliant with international standards, nor with a tendency to strengthen the victim's impact on course of criminal proceedings.

Key words: *the injured party, victim, opportunity principle, subsidiary claimant, plea-bargaining agreement.*

ЈАВНА СВОЈИНА И СТИЦАЊЕ ПРАВА (ПРИВАТНЕ) СВОЈИНЕ НА ОБЈЕКТИМА ЈАВНЕ СВОЈИНЕ

Апстракт: Када се говори о јавном добру, готово да нема ниједног спорног питања, почев од термина, преко појма, до његове правне природе. Неки правни теоретичари јавна добра стављају под режим јавног права, други их виде као мешовите правне ентитете на које се примењују и правила управног и правила грађанског права. Пракса Европског суда за људска права у Стразбуру, у вези са применом чл. 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, разоткрива неопходност мешовитог приступа режиму јавних добара. Због тога се у овом раду бавимо темом из наслова.

Кључне речи: ствар, јавно добро, право својине, јавна својина, Протокол 1, Европска конвенција.

Увод

Идеја за овај рад потекла је из истраживања праксе Европског суда за људска права у области примене чл. 1 Протокола 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹. Изузетно су бројни случајеви позивања држава пред лице правде у споровима поводом стицања права (приватне) својине на стварима у јавној својини или јавној имовини (public

1 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењене у складу са протоколом бр. 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола бр. 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола бр. 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола бр. 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола бр. 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола бр. 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, „Сл. Лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 –испр. и „Сл. Гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2010 и 10/2015.

property), односно државном домену (le domain public), како се називају у пракси овог суда².

Као што је држава суверена на својој територији, тако и „право својине на непокретностима са прерогативима које пружа, даје свом титулару једну врсту суверености на делу националног домена, у смислу да јавна власт не може контролисати све акте које власник предузима на својој непокретности. Та власт није потпуно безопасна по јавни интерес.“³ Власнику ствари је римско право омогућавало један вид стварноправног „апсолутизма“, дајући му најапсолутније право поводом ствари. Током векова је то право претрпело различите трансформације и данас је подвргнуто бројним ограничењима, међу којима су и она у јавном, односно општем интересу⁴. Истовремено, приватни и јавни интерес се непрекидно сусрећу и сударају око ствари, пре свих непокретности.

1. Појам ствари

Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије⁵ не садржи дефиницију појма ствари. У Нацрту грађанског законика Републике Србије⁶ ствар је дефинисана као материјални део природе који се налази у власти физичког или правног лица и на коме може постојати право својине или неко друго право⁷. Дакле, две су компоненте грађанскоправног појма ствари: физичка – ствар је материјални део природе који се налази у власти физичког или правног лица и правна – на том материјалном делу природе може постојати право својине или неко друго грађанско субјективно право. Правна компонента грађанскоправног појма ствари у диспозицији

2 **AFFAIRE BÖLÜKBAŞ ET AUTRES c. TURQUIE**, *Requête n° 29799/02*; **AFFAIRE KÖKTEPE c. TURQUIE**, *Requête n° 35785/03*; **CASE OF DEPALLE v. FRANCE**, *Application no. 34044/02*; **CASE OF HAMER v. BELGIUM**, *Application no. 21861/03*; **CASE OF IATRIDIS v. GREECE**, *Requête n°/Application no. 31107/96*; **CASE OF PRESSOS COMPANIA NAVIERA S.A. AND OTHERS v. BELGIUM**, *Application no. 17849/91*; **AFFAIRE VALLE PIERIMPIÈ SOCIETÀ AGRICOLA S.P.A. c. ITALIE**, *Requête n°46154/11*, у др...

3 М. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de Droit civil française*, tome III, Les biens, Paris, 1952, стр. 8.

4 В, Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазић, Увод у грађанско право, Ниш, 2008, стр. 32.

5 „Сл. Лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. Лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. Гласник РС“, бр. 115/2005 – др. закон.

6 <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

7 Чл. 136 ст. 2 Нацрта.

је законодавца, односно државе. Законом се одређује које ствари могу, а које не могу бити објектом права својине⁸.

Исте или сличне дефиниције грађанскоправног појма ствари налазимо и у делима српске грађанскоправне теорије⁹. Француски и Швајцарски грађански законик не садрже дефиницију појма ствари. У француској правној теорији постоји разлика између термина које је наизглед једноставно сматрати синонимима - „la chose“ и „le bien“. Француски грађански законик (1804.) садржи термин „le bien“ за означавање ствари у смислу грађанског права¹⁰. На другој страни, можемо се запитати због чега се и термин „la chose“ не би такође могао употребљавати за означавање ствари као објекта грађанских субјективних права. Наиме, овај термин може у свакодневном говору имати значење ствари као материјалног дела природе, али и нечије „ствари“, као проблема или ситуације, у правном и у свакодневном животу чињеница. Термин „le bien“ означава „добро“ као неку вредност, али иста реч, у другој врсти, као придев, означава квалитет некога или нечега као „доброг“. С обзиром на вишезначност, оба термина би се могла употребљавати за говорење о стварима као правним објектима. Француски правници овако објашњавају разлику – онога тренутка када се на „ствари“ (la chose) почиње извршавати правна власт човека, она постаје „добро“ (le bien), односно ствар као објекат једне врсте грађанских субјективних права¹¹. Општи имовински законик за Црну Гору¹² (1888) нема дефиницију појма ствари, Аустријски грађански законик¹³ (1811.) и Српски грађански законик из 1844. дефинишу ствар као „све што није лице, а служи за употребу људима“ (пар. 285. Аустријског грађанског законика). Немачки грађански законик (1900.)¹⁴ у пар. 90 регулише: „Ствари у правном смислу су само телесне ствари“.

8 Д. Лазаревић, Коментар Закона о јавној својини, Београд, 2011, стр. 1, N. Gavella, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, стр. 45-52.

9 А. Гамс, Основи стварног права, Београд, 1974, стр. 5; Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1983, стр. 9; О. Станковић – М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1999, стр. 6; Р. Ковачевић – Куштримовић – М. Лазих, *Стварно право*, Ниш, 2009, стр. 9-10.

10 Art. 516 Code civil, <http://www.legifrance.gouv.fr>

11 А. Piédelièvre, *Droit des biens*, Paris, 1977, стр. 24.

12 Цетиње, 1888, Нови Сад, 1980.

13 Превод Д. Аранђеловића, Београд, 1921.

14 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

2. Јавна својина и објекти јавне својине. Јавно добро

Чак и површно улажење у истраживање и анализу јавне својине и објеката јавне својине обелодањује терминолошку, а могуће и појмовну збрку. Наиме, поставља се питање, да ли тако учестали термин, као што је „јавно добро“, треба користити за означавање скупа ствари које чине предмет јавне својине или за означавање само једног његовог ужег подскупа – добара у општој употреби. У пракси Европског суда за људска права присутни су термини „public property“, „domaine public“ и „bien du domaine de l'Etat“. У Аустријском грађанском законнику употребљен је термин „јавно добро“ за означавање ствари у општој употреби: „Ствари које сваки члан државе може за себе узети и присвојити зову се ничије ствари или пуне ствари. Оне које им је само допуштено употребљавати, као: друмови, веће и мање реке, морска пристаништа и обале, зову се опште или јавно добро.“ (пар. 287)

Готово да нема ниједног питања у вези са јавним добрима које није спорно, почев од назива, преко појма до правне природе, односно правног режима јавних добара¹⁵. У француском праву, као и српском, влада слична конфузија о појму јавног добра¹⁶.

Увек се наглашава, као основна карактеристика јавног добра, његова неутуђивост и немогућност стицања права својине одржајем на њему. Још је у римском праву био јасно постављен критеријум одређивања својства јавног добра - да се ради о ствари која је намењена употреби свих припадника једне друштвене заједнице. Из те карактеристике произилази својство неутуђивости јавног добра и непостојање могућности да се на њему стекне право својине одржајем¹⁷. То, дакле, није њему иманентна карактеристика. По чл. 5 Закона о јавној својини, намена једне ствари да буде предмет јавне својине одређује се законом или одлуком надлежног органа¹⁸.

Јавна добра нису ствари у грађанскоправном смислу¹⁹. То свакако јесу делови материјалне природе на којима постоји или може постојати власт

15 С. Поповић, Јавно добро у нашем праву, Симпозијум о друштвеној својини САНУ, свеска 23, Београд, 1965, стр. 1-8, А. Гамс, Јавна добра, Правни живот, бр. 3, Београд, 1953, стр. 1-3.

16 М. Planiol, G. Ripert, нав. дело, стр. 122-127, А. Colin, Н. Capitant, L. Julliot de la Morandière, Droit civil, Paris, 1964, стр. 49.

17 М. Planiol, G. Ripert, op.cit, стр. 126.

18 В. М. Planiol, G. Ripert, op.cit, стр. 122-124, Лазаревић, op.cit, стр. 37.

19 „...ствар у правно-техничком смислу, као грађанскоправни појам, претпоставља и прометљивост, могућност стављања у грађанскоправни промет. Због тога је таутологија

појединаца и њихових организација, али на њима не може постојати право (приватне) својине нити друга грађанска субјективна права²⁰.

Уставом Републике Србије²¹ гарантују се приватна, задружна и јавна својина²². По Закону о јавној својини²³, јавну својину чини право својине Републике Србије (државна својина), право својине аутономне покрајине (покрајинска својина) и право својине јединице локалне самоуправе (општинска или градска својина)²⁴. Овим законом је одређен и предмет (објекат) јавне својине. По чл. 3 ст. 1, у јавној својини су: природна богатства (чл. 9), добра од општег интереса у јавној својини и добра у општој употреби у јавној својини (чл. 10), као и ствари које користе органи и организације републике, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, установе, јавне агенције и друге организације чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе (чл. 12). Природна богатства су воде, водотоци и њихови извори, минерални ресурси, ресурси подземних вода, геотермални и други геолошки ресурси и резерве минералних сировина, као и друга добра која су посебним законом одређена као природна богатства. Природна богатства су искључиво у својини Републике Србије. Ово правило важи чак и када је природно богатство повезано са непокретношћу (у смислу да је физички њен саставни део) у приватној својини²⁵. Добра од општег интереса су ствари које су законом одређене као добра од општег интереса (чл. 10, ст. 2). Ту, примера ради, законодавац убраја пољопривредно земљиште, шуме и

рећи – ствари ван промета.“, А. Гамс, *op.cit.*, стр. 5.

20 М. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, стр. 127-130, Д. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 10-11 и 22-23.

21 “Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

22 Чл. 86, ст.1 Устава

23 „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014.

24 Чл. 2. Закона о јавној својини Републике Србије.

25 „...Из наведеног разлога не може се прихватити тврдња ревидента да је власник спорног шљунка и да се не ради о природном богатству, јер то изричито произилази из Закона о рударству. Чињеница што је тужени вршио експлоатацију шљунка без одобрења Републике Србије (а по одобрењу брата тужиоца), не даје право тужиоцу да тражи накнаду за количину експлоатисаног шљунка, као што ни чињеница што Република Србија није поставила такав захтев у односу на туженог, не даје право тужиоцу да га он постави. Тачно је да се тужени неосновано обогатио, али не на рачун тужиоца, већ на рачун Републике Србије, а право својине на непокретностима није неограничено, као што то ревидент тврди, већ је у конкретном случају ограничено Законом о рударству, који прописује да је шљунак који се налази испод ораничног слоја (тужиочеве) парцеле, рудно благо које припада Републици Србији, а не власнику парцеле“, Врховни суд Србије, Рев. 1391/06, 28.09.2006, нав. по Д. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 50-51.

шумско земљиште, водно земљиште, водне објекте, заштићена природна добра, културна добра и тд. Добра од општег интереса могу бити како у режиму јавне својине²⁶, тако и у приватној својини, при чему су власници ових ствари потчињени бројним наметнутим јој ограничењима, будући да ова добра уживају посебну заштиту²⁷. По Закону о јавној својини (чл. 10, ст. 1), добра у општој употреби су ствари које су због своје природе намењене коришћењу свих²⁸, као што су: јавни путеви, јавне пруге, улице, тргови, јавни паркови и тд. На овим добрима субјекти грађанског права не могу стицати ни државину ни својину²⁹. Да би једна ствар постала добро у општој употреби потребно је да јој је тај квалитет додељен законом, а ако је у питању непокретност, и да је уписана у јавне књиге као добро у општој употреби. Ствар може изгубити карактер добра у општој употреби на основу закона или фактички, дуготрајним коришћењем само од стране мањег броја приватноправних субјеката³⁰.

У Нацрту грађанског законика јавно добро је дефинисано као ствар која се користи за остваривање одређене јавне сврхе (војни објекти, зграде државних органа и установа, објекти јавних предузећа)³¹. Ствар у општој употреби је дефинисана као она коју, по њеној природи или намени, под једнаким условима, може свако да користи (паркови, путеви, улице)³².

Професор Гамс, у свом делу „Својина“, говори о јавном добру као о „традиционалном облику колективне својине у капиталистичким државама“, и указује на постојање трију група јавних добара (ствари у општој употреби,

26 „Добра од општег интереса на којима постоји право јавне својине су у својини Републике Србије, ако законом није друкчије одређено“, чл. 10, ст. 6 Закона о јавној својини Републике Србије.

27 Д. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 53.

28 „Свако има право да добра у општој употреби користи на начин који је ради остварења те намене прописан законом, односно одлуком органа или правног лица коме су та добра дата на управљање.“, чл. 10, ст. 5 Закон о јавној својини Републике Србије.

29 „Физичко лице које користи део државног пута није активно легитимисано за тражење државинске заштите због радње која је предузета на парцели која је некатегорисани јавни пут и која се у књигама катастра води на Републику Србију, па сходно томе државинску заштиту може тражити само овлашћени орган државе. Утврђено је да јавни некатегорисани пут представља јавно добро и то својство у тренутку подношења тужбе није изгубио, због чега се не могу применити одредбе чл. 75 ЗОСПО“, Решење Окружног суда у Чачку, Гж. 2208/08, 11.02.2009, нав. по Д. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 57.

30 Л. Костић, *op.cit.*, стр. 339, Д. Лазаревић, *op.cit.*, стр. 58.

31 Чл. 151 Нацрта.

32 Чл. 152 Нацрта.

предмети којима јавни органи обављају своје делатности и добра у јавној употреби)³³.

Сматрамо да термин „јавно добро“ можемо користити у ширем и ужем значењу. У ширем смислу, за означавање свих ствари које су објекти права јавне својине, будући да све што припада држави заправо припада грађанима³⁴, односно Нацији (како то често наглашавају француски правници³⁵). У ужем смислу, за означавање оног подкупа тих ствари које служе употреби свих и једнако су доступне свима, а које наш Закон о јавној својини назива „стварима у општој употреби“³⁶. По ужем схватању, јавна добра су само део предмета јавне својине - то су добра у општој употреби која се налазе у јавној својини – на њима се не може стећи право (приватне) својине, али може нпр, концесија или закуп³⁷.

У упоредној правној теорији постоје два правца у одређивању правне природе јавног добра. На једној страни је схватање чији су носиоци немачко, швајцарско и аустријско право, по ком је јавно добро мешовити правни институт, који обједињује правила управног и грађанског права. На другој страни је схватање француске правне доктрине о јавноправној природи јавног добра³⁸.

3. Стицање субјективних грађанских права на јавном добру

Нацртом грађанског законика Републике Србије предвиђена је, у оквиру института апсолутног одржаја, могућност стицања права (приватне) својине на стварима које су објекти јавне својине. Тако, у чл. 1724 овог нацрта стоји да „својински држалац покретних ствари које су у својини Републике Србије, аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе,

33 А. Гамс, Својина, Београд, 1987, стр. 121-122.

34 Џ. Лок, Две расправе о влади, Друга расправа о влади, стр. 283, J. J. Rousseau, Du contrat social, texte integral, Paris, стр. 21-22, „У крајњој линији, фактички субјект те својине је цело друштво“, А. Гамс, op.cit, стр. 155.

35 М. Planiol, G. Ripert, op.cit, стр. 123.

36 „Употреба јавних добара дозвољена је у принципу свакоме: јавна добра се разликују од остале „јавне имовине“ с једне стране, и приватноправних добара с друге стране, што се њима могу интересенти користити без икакве дозволе, она су намењена општем благостању... У правној држави употреба јавних добара сматра се као саставни део и неминовна последица опште слободе грађана.“ Л. Костић, Административно право Краљевине Југославије, 2. књига, Београд, 1936, стр. 340-341.

37 Чл. 10, ст. 2, 3 и 4 Закона о јавној својини.

38 И. Крбек, Јавно добро у праву грађанских држава, Симпозијум о друштвеној својини САНУ, свеска бр. 10 1965, стр. 1-2.

црква и верских заједница, може стећи одржајем право својине, ако има савесну, закониту и праву државину, протеком рока од шест година, а ако има само савесну државину, протеком рока од двадесет година, а својински држалац непокретних ствари, ако има савесну, закониту и праву државину, протеком рока од двадесет година, а ако има само савесну државину, протеком рока од четрдесет година³⁹.

Добра од општег интереса су у својини Републике, ако законом није друкчије одређено, предвиђа Закон о јавној својини, што значи да се на њима може стећи право (приватне) својине⁴⁰. Уставом Републике Србије је предвиђено да се предмети јавне својине могу отуђити само под условима и на начине који су предвиђени законом⁴¹. На добрима у општој употреби може се стећи право предвиђено посебним законом (концесија, закуп и сл.)⁴².

На јавним добрима не може се стећи право својине одржајем, нити се може засновати хипотека или друго средство стварног обезбеђења⁴³.

4. Титулари и садржина права јавне својине

Титулари права јавне својине су република, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе (град и општина)⁴⁴. Градска општина, месне заједнице и други облици месне самоуправе, државни органи и организације аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и њихова зависна друштва, установе и јавне агенције и друге организације (укључујући и Народну банку Србије) чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а које немају статус државног органа или организације, органа аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе или јавног предузећа, односно друштва капитала имају право коришћења објеката јавне својине⁴⁵.

39 Као алтернатива овом правилу, предложено је решење (у чл. 1723), да се одржајем не може стећи право својине на јавним добрима и на стварима изван јавног промета.

40 Чл. 10, ст. 1 и 6 Закона о јавној својини.

41 Чл. 86 Устава Републике Србије.

42 Чл. 10, ст. 4 Закона о јавној својини, Л. Костић, *op.cit.*, стр. 334, Љ. Дабић, Концесије у праву земаља Централне и Источне Европе, Београд, 2002, стр. 109-111 и 135, П. Цветковић, *Право јавно-приватних партнерстава*, Ниш, 2015, стр. 91-106.

43 Чл. 17 Закона о јавној својини, Л. Костић, *op.cit.*, стр. 332-333, С. Поповић, *op.cit.*, стр. 13.

44 чл. 18, ст. 1 Закона о јавној својини.

45 чл. 18, ст. 2, чл. 18, ст. 5, чл. 19, ст. 1, чл. 18, ст. 6

Ствари у јавној својини могу се дати на коришћење и другим правним субјектима (правним лицима), концесијом или на други начин предвиђен законом⁴⁶.

Титулари права јавне својине и носиоци права коришћења ствари у јавној својини управљају тим стварима⁴⁷. Управљање стварима у јавној својини је њихово одржавање, обнављање и унапређивање⁴⁸, као и извршавање законских и других обавеза у вези са тим стварима⁴⁹.

Право јавне својине и право коришћења на непокретностима у јавној својини уписују се у јавне књиге о непокретностима и стварима на њима⁵⁰.

Располагањем стварима у јавној својини сматра се давање ствари на коришћење, давање ствари у закуп, пренос права јавне својине на другог носиоца јавне својине, отуђење ствари, заснивање хипотеке на непокретностима, улагање у капитал и залагање покретне ствари⁵¹.

По чл. 4 Закона о јавној својини, на стицање, вршење, заштиту и престанак права јавне својине, примењују се одредбе закона којим се уређује право приватне својине⁵². Тако, титулар права јавне својине може штитити то право петиторним и посесорним тужбама, може располагати предметом јавне својине у складу са његовом природом и наменом⁵³. Он га може употребљавати у складу са његовом природом и наменом, а припадају му и плодови од њега, и то како природни, тако и грађански плодови.⁵⁴

Старија француска правна теорија је већином била склона да карактерише јавну својину као једну врсту јавне функције вршења врховног надзора и чувања. Тако, има мишљења да је јавна управа само фидуцијарни власник

46 чл. 19, ст.2 Закона о јавној својини, С. Поповић, *op.cit*, стр. 16-18.

47 чл. 24, ст. 1 Закона о јавној својини.

48 В, С. Поповић, *op.cit*, стр. 12-13.

49 чл. 24, ст. 2 Закона о јавној својини.

50 чл. 25, ст. 1 Закона о јавној својини, В, Л. Костић, *op.cit*, стр. 329.

51 чл. 26, ст. 1 Закона о јавној својини.

52 Аустријски грађански законик предвиђа слично решење у пар. 290: „На прописе садржане у овом приватном праву о начину како се по закону могу ствари прибавити, уживати и на друге преносити, имају се по правилу обзирати и управници државних и општинских добара, или државне и општинске имовине. Одступања и нарочити прописи у погледу на употребу и управу ових добара, налазе се у државном праву и политичким наређењима.“

53 Чл. 6 Закона о јавној својини предвиђено је да је свако ко одлучује о стварима у јавној својини, ко их користи или њима управља, дужан да поступа као добар домаћин.

54 М. Planiol, G. Ripert, *op.cit*, стр. 130-132.

јавних добара⁵⁵. Савремена француска правна теорија је донекле ублажила такво виђење јавне својине, нагласивши да држава нема на тим ставрима типична јавна овлашћења. Она, наиме, не употребљава те ствари, јер оне служе на употребу свих, или ако то није случај, као, нпр, код природних богатстава и добара од општег интереса, употребљава их на општу корист и у интересу свих. Приходи од ствари у јавној својини формалноправно припадају држави, али она њима располаже у складу са вољом грађана (или би тако требало да буде)⁵⁶.

5. Пракса Европског суда за људска права

а) Случај VALLE PIERIMPIÈ SOCIETÀ AGRICOLA S.P.A. c. ITALIE (4615/11)⁵⁷: Приватно предузеће „VALLE PIERIMPIÈ SOCIETÀ AGRICOLA S.P.A.“ је било лишено могућности коришћења одређене непокретности услед њеног накнадног укључивања у режим јавне својине. Радило се о комплексу производно-пољопривредног карактера, смештеном у лагуни провинције Венеција, који се локално назива „долинама рибарења“. Речено предузеће је овај комплекс користило за узгој рибе, што је чинило срж његове законите производне делатности⁵⁸.

Подносилац представке је тврдио да се спорна долина рибарења одувек налазила у приватној својини, да се својина на њој преноси путем продаје између приватноправних субјеката, о чеми сведоче документи који датирају још из XV века, као и уписи у јавни регистар непокретности. Национални судови су били једногласни у следећем: да је спорна долина, по националном законодавству, у јавној својини; да припадност ствари држави не може прећутно, фактички престати (незаменљив је формални акт управе); да се ствари у јавној својини, а конкретно долине за рибарење, могу користити само уз административна одобрења и да се, услед тога,

55 В. Л. Костић, *op.cit*, стр. 330.

56 М. Planiol, G. Ripert, *op.cit*, стр. 130-132.

57 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146415>

58 Предузеће је куповином, путем формалне нотарске исправе стекло својину на предметној непокретности. Та чињеница је била уписана у регистар непокретности. У више наврата, у периоду од 1989. до 1994, предузеће је било, од стране надлежних локалних власти, позивано да напусти долину рибарења коју држи, уз образложење да потоња представља предмет јавне својине. Подносилац представке је покренуо поступак пред националним судом, захтевајући да се утврди његово право својине на спорној долини. Првостепени суд је одбио тај захтев, пресудивши да долина рибарења припада држави и да је подносилац представке одговоран за њо држање без правног основа, те да локалној самоуправи дугује исплату надокнаде по том основу. Првостепена одлука је била потврђена у апелационом и касационом поступку.

преноси својине, на које се позивао подносилац представке, морају сматрати ништавим, будући да за предмет имају ствари ван промета. Касациони суд је нагласио: да се сви уписи промена својине у јавни регистар гасе када су у питању ствари у јавној својини; да чињеница да до 1989. управа ниједном није интервенисала да поврати спорну долину рибарења, и да се никада до тада није успротивила њеној експлоатацији, ништа не мења у датом стању ствари; да по чл. 822 и 824 италијанског грађанског законика, ствари из јавног домена припадају држави, регионима, провинцијама и општинама; да чл. 823 италијанског грађанског законика предвиђа да су те ствари неотуђиве и да могу бити објекти грађанских субјективних права само у законом предвиђеним случајевима, облицима и границама и да укључивање једне ствари у јавни домен (природан добра), зависи искључиво од њених суштинских карактеристика, без да је неопходна интервенција управним актом у сваком конкретном случају; грађанскоправне радње промене припадности таквих ствари су ништаве, а било какво поступање управе, које би се могло протумачити као препознавање и прихватање права приватне својине на тим стварима, било би противправно, тиме и ирелевантно.

Влада Републике Италије је у поступку пред Европским судом истакла: да у италијанском праву упис права својине у регистар непокретности нема конститутиван карактер; да једна ствар представља део државног домена чак и када то није уписано у регистар непокретности, и да је у том погледу без значаја било каква толеранција државе за њено држање и коришћење од стране грађанскоправних субјеката, те да би свака особа која поступа са нормалном пажњом требало да зна да добро припада држави, при чему једна ствар престаје бити у јавној својини само на основу формалног административног акта о експлицитној декласификацији⁵⁹

б) Случај BÖLÜKBAŞ ET AUTRES c. TURQUIE (29799/02)⁶⁰ : Подносиоци представке су поднели захтев надлежном суду за упис на њихово име права својине на непокретности, површине 45350 квм, која се налази у шуми „Belgrad“ у Истанбулу. Они су се позвали на својински наслов на пољопривредном земљишту површине 17000 квм, уписан на име њиховог претка, преминулог 1943. године. Истакли су да су на целој непокретности

⁵⁹ Европски суд за људска права није прихватио наводе владе да је добро могло припадати држави и без *ad hoc* уписа у регистар непокретности. Суд је у том смислу констатовао да је све до поништавања правног основа својине непостојање таквог уписа могло само учврстити подносиоца представке у уверењу да ужива добро слободно од ограничења.

⁶⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146415>.

обављали пољопривредну делатност више од педесет година. Ослањајући се на налаз и мишљење вештака суд је одбио захтев за упис⁶¹,⁶².

У поступку пред Европским судом турске власти су истакле да подносиоци представке нису могли имати својински наслов, будући да се њихов претходник никада није супротставио одлуци катастарске комисије о укључивању непокретности у шумски домен⁶³, као и да чл. 169 турског устава предвиђа да непокретности које улазе у шумски домен не могу бити предмет одржаја.

в) Случај КӨКТЕРЕ с. TURQUIE (35785/03)⁶⁴: Године 1953, Јавни трезор Турске је продао приватноправном субјекту непокретност површине 21200 квм, на основу одлуке земљишне комисије. Продаја је била реализована у оквиру програма увођења сељака у земљишне поседе. Непокретност је била уписана у регистар непокретности на име купца и била је квалификована као пољопривредна. Од 1953. до 1993, непокретност је четири пута променила власника, када је својину на њој стекао подносилац представке и то од Опште Дирекције за право и катастар. У међувремену, 1990, катастарска комисија је спровела дефинисање јавног шумског домена, у чије границе је, једним својим делом, била укључена и речена парцела. Закључци комисије су били објављени, али у регистру непокретности није било никакве промене.

Подносилац представке је поднео жалбу против одлуке Опште дирекције шума о дефинисању шумских домена, истакавши да акт катастарске комисије садржи грешку.

61 Вештачењем је било утврђено да је део непокретности површине 28350 квм одувек припадао држави као део њеног шумског домена. У погледу другог дела, површине 17000 квм (поводом ког је постојао приватносвојински наслов), утврђено је да је услед радова изведених од стране катастарске комисије 1939. године, односна непокретност била укључена у шумски домен. Претходник подносилаца представке није се противио тој одлуци, и ова је постала коначна 1940. године. Вештачење је такође показало да је 1950. године шума „Belgrad“ била класирана као државна заштићена шума.

62 У међувремену је против подносилаца представке вођен кривични поступак због противправног заузимања заштићене шуме.

63 Када је реч о чињеници да претходник подносилаца представке није био изјавио никакав приговор против закључака катастарске комисије из 1939. године, суд је констатовало да није било никаквог доказа да је он на било који начин, у било којој форми, био обавештен о закључцима те комисије. При том је спорна непокретност остала уписана у регистар непокретности на име преминулог, и његов својински наслов никада није био поништен.

64 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87452>.

Године 1995. против подносиоца представке је подигнута оптужница због неовлашћеног крчења шуме на спорној непокретности, а 2007. године министар шума је покренуо поступак са циљем поништења својинског наслова подносиоца представке на спорној непокретности и уписа исте на име Јавног трезора у регистар непокретности.

г) Случај **DEPALLE v. FRANCE (34044/02)**⁶⁵:

Подносилац представке је наводио да му је повређено право на имовину услед одбијања француских власти да му издају одобрење да продужи са држањем и коришћењем парцеле јавног земљишта на којој се налази кућица коју он има у својини још од 1960, и као резултат наредбе да се та кућа сруши.

Подносилац представке је на основу нотарске исправе куповином стекао у државину кућу изграђену на државном земљишту. У складу са обављеном куповином, а да би се омогућио легалан приступ кући, подносиоцу представке је била додељена прекаријална државина поморског јавног добра (морске обале). Овлашћење на прекаријалну државину било је сукцесивно обнављано током низа година. У акту о одобравању државине је сваки пут било прецизирано да власти задржавају право да повуку или измене овлашћење, ако нађу за сходно, при чему овлашћеник не стиче никакво право да захтева накнаду штете по том основу⁶⁶. Последње такво одобрење је било истекло 31.12. 1992. У писму од 14.03.1993. , подносилац представке је захтевао обнављање овлашћења. Његов захтев је одбијен уз образложење да након ступања на снагу Закона о обалским подручјима (Loi no. 86/2 de 3. Janvier 1980) та могућност више не постоји⁶⁷.

6. Закључак

Анализом приказаних случајева из праксе Европског суда за људска права, која представљају „репрезентативан узорак“, долазимо до закључка да категорија ствари које називамо јавним добрима има веома разнолик и променљив састав. Разнолик, због тога што ту улазе, како ствари на

65 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97978>.

66 „Ако се то од од њега захтева, овлашћеник мора вратити парцелу у првобитно стање, уклањањем зграда подигнутих на јавном земљишту. Ако не поступи тако, то ће учинити надлежни органи, о његовом трошку“.

67 Након тога је позван да регулише свој статус као неовлашћени држалац јавног добра. Затим је уследио званичан извештај надлежног органа о прекршају незаконитог ометања аутопута, да би, коначно, против њега био покренут прекршајни поступак. Од њега је затражено 56784 француских франака за неовлашћено држање јавног добра за године 1995. и 1996.

којима се може стећи право (приватне) својине, због њихове природе, тако и ствари чија природа то не дозвољава, а променљив, будући да својство јавног добра, код већине тих ствари зависи од воље законодавца, односно одлуке надлежног државног органа. Такође долазимо до закључка о правној несигурности која влада у законодавству и управној и судској пракси, када је реч о овој области.

Већина јавних добара је такве природе да се око њих неминовно концентрише интерес субјеката грађанског права, односно, шире говорећи, субјеката приватног права (ако имамо у виду правне гране издвојене из уже и шире „фамилије“ грађанског права). Било да се ради о одобравању концесије, издавању у закуп ових ствари од стране титулара јавне својине и носилаца права коришћења, или о својинскоправним претензијама субјеката грађанског права, над њима се сусрећу, сударају и прожимају приватни и јавни интерес. Обим овог рада налаже нам опрезност у заузимању ставова, постављању дефиниција и предлагању конкретних решења. Ипак, намеће се закључак о неопходности мешовитог (грађанскоправног и управноправног) приступа у уређивању материје јавних добара.

Milica Vučković, LLB

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**Public Property and Acquisition of Private Ownership
Right over Public Property Assets**

Summary

In legal theory, there are almost no contentious issues pertaining to the concept of a public good (assets), its definition and legal nature. Some legal theorists consider that public goods shall be observed within the normative framework of public law; others perceive public goods as legal entities involving a combination of legal regimes, which are thus subject to the rules of administrative and civil law. With reference to the application of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights in Strasbourg underscores the need for applying the latter approach in assessing public goods. In this paper, the author focuses on public property and acquisition of private ownership right over the public property assets.

Keywords: *res, public good, ownership right, public property, Protocol 1 to ECHR.*

Република Србија
Универзитет у Нишу
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Центар за правна и друштвена истраживања
04. 02. 2016. Године

**ИЗВЕШТАЈ О НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКОМ РАДУ
НА ПРОЈЕКТУ «УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ
СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ»
за 2015. годину**

У 2015. години настављена је реализација пројекта у складу са постављеним циљевима. Почетком године публикована је друга књига тематског зборника «Усклађивање права Србије са правом ЕУ», чији је главни и одговорни уредник проф. др Мирослав Лазић, декан Правног факултета и руководиоца пројекта. Зборник који је пред вама представља трећу књигу тематског зборника и резултата је рада истраживача на пројекту у 2015. години.

Правни факултет је у склопу обележавања 55. годишњице рада организовао 18. и 19. маја 2015. године међународну научну конференцију на тему «Право у функцији заштите слабијег». Избор теме Конференције је израз намере правне науке да допринесе побољшању неповољног правног положаја одређених категорија лица у разнородним правним односима, као што су деца, старији, особе са инвалидитетом, жртве насиља, жртве рата, припадници мањина, окривљени, потрошачи и други «слабији» уговорачи, пацијенти, економски зависни субјекти. Оваква тема је врло актуелна имајући у виду растуће разлике и неједнакост међу људима на светском и локалном нивоу. Право може да понуди смернице како би се њихове перспективе макар кретале у истом, позитивном смеру.

На Конференцији су, поред бројних иностраних аутора, учествовали наставници и сарадници Правног факултета. У оквиру Сесије за јавно право, своје радове изложили су: проф. др Војислав Ђурђић, проф. др Зоран Радивојевић, проф. др Драган Јовашевић, проф. др Предраг Димитрјевић, проф. др Срђан Голубовић, проф. др Небојша Раичевић, проф. др Марина Димитријевић, доц. Др Славиша Ковачевић, доц. др Дејан Вучетић, доц. Др Маја Настић, доц. Др Душица Миладиновић Стефановић, асс. Мр Наталија Жунић. У оквиру Сесије за приватно право своје радове изложили су:

проф. др Мирослав Лазић, проф. др Невена Петрушић, проф. др Наташа Стојановић, проф. др. Дејан Јанићијевић, доц. др Ивана Симоновић, асс. Анђелија Тасић, асс. Милица Вучковић.

Наставници и сарадници Правног факултета узели су учешће у раду бројних других међународних и националних конференција, што се може видети из приложене библиографије радова насталих на пројекту. У оквиру издавачке делатности Правног факултета током 2015. године публиковано је више монографија истраживача ангажованих на пројекту.

МОНОГРАФИЈЕ

М 42

Малолетничка делинквенција кроз призму новинских извештаја у дневном листу Политика 1904-1941 / Миомира Костић, Дарко Димовски, Филип Мирић. - Ниш : Центар за публикације Правног факултета, 2015. - 316 стр. 24 цм ИСБН 978-86-7148-207-3

Транзиција у демократију: трансформација друштва и консолидација демократије / Славиша Ковачевић. - Ниш : Правни факултет, 2015. - 204 стр. 24 цм ИСБН 978-86-7148-209-7

Редовно одмеравање казне у кривичном праву Србије/Душица Миладиновић Стефановић. Правни факултет, Центар за публикације, 2015

Уговор о продаји/Ђорђе Николић. Правни факултет: Центар за публикације, 2015.

РАДОВИ У ТЕМАТСКИМ ЗБОРНИЦИМА

М 44

Злочин геноцида и дискриминација групе / Драган Јовашевић У: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. Св. 2. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2015. - Стр. 37-58. ИСБН 978-86-6083-031-1

Међународни злочини у статуту Трибунала за Руанду / Драган Јовашевић У: «Усклађивање права Србије са правом ЕУ»: зборник радова. - Ниш: Правни факултет, 2015. - Стр. 69-84. ИСБН 978-86-7148-203-5

Ограничавање личне слободе малолетника у кривичном поступку / Саша Кнежевић У: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. Св. 2. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2015. - Стр. 69-82. ИСБН 978-86-6083-031-1

Оставински поступак у светлу прописа о ванпарничној процедури и принцип једнаке заштите права наслеђа / Наташа Стојановић, Јелена Видић Трнинић У: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. Св. 1. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2015. - Стр. 131-152. ИСБН 978-86-6083-031-4

Заштита ознака географског порекла у функцији унапређивања конкурентности / Александра Васић У: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. Св. 1. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2015. - Стр. 363-372. ИСБН 978-86-6083-031-4

Могућности заштите звучних и мирисних знакова у облику жигова / Видоје Спасић У: «Усклађивање права Србије са правом ЕУ»: зборник радова. - Ниш: Правни факултет, 2015. - Стр. 125-146. ИСБН 978-86-7148-203-5

У сусрет неизбежној кодификацији изборног законодавства – шта треба променити у правном режиму заштите изборног права? /Дејан Вучетић, У: Часопис за јавну политику ПОЛИС, бр. 9/2015 (Ур. Јелена Јеринић, Никола Тарбук, Душан Дамјановић). Београд: Стална конференција градова и општина, Савез општина и градова Србије: Центар за јавну и локалну управу, ПАЛГО Центар. ИССН 2334-637Х

Деградација положаја оштећеног у кривичном поступку Србије / Иван Илић У: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. Св. 2. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2015. - Стр. 239-252. ИСБН 978-86-6083-031-1

Принцип недискриминације у савременим међународним трговинским односима / Урош Здравковић У: Правни систем и заштита од дискриминације: зборник радова. Св. 1. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2015. - Стр. 347-362. ИСБН 978-86-6083-031-4

М 45

Одузимање имовинске користи у праву Републике Србије / Владимир М. Симовић, Драган Јовашевић У: Наука, друштво, транзиција: зборник радова са међународног научног скупа. Том 1. - Бања Лука : Европски дефендологија центар, 2015. - Стр. 325-341. ИСБН 978-99955-22-87-2

Посебне кривичноправне мере у праву Републике Србије / Драган Јовашевић У: Кривично законодавство - де леге лата ет де леге ференда, Приједор, 17-18. априла 2015. - Приједор : Министарство правде Републике Српске...[етц.], 2015. - Стр. 241-258. ИСБН 978-99938-22-51-6

Кривичне санкције за правна лица у праву Републике Македоније / Драган Јовашевић, Марина М. Симовић, Владимир М. Симовић У: Наука, друштво, транзиција: зборник радова са међународног научног скупа. Том 1. - Бања Лука : Европски дефендологија центар, 2015. - Стр. 349-361. ИСБН 978-99955-22-87-2

Казна малолетничког затвора као средство сузбијања криминалитета у БИХ/ Драган Јовашевић, Милена Симовић У: Субјекти система безбједности у остваривању безбједносне функције државе (зборник радова), Бања Лука, 2015. године, стр. 341-356

М 51

Принцип пропорционалности у праву Светске трговинске организације / Александар Ђирић, Предраг Цветковић У: Правна ријеч. - Бања Лука : Удружење правника Републике Српске, 2015. - Год. 12, бр. 44 (2015), стр. 31-54. ИССН 1840-0272

Судска заштита службеника у Европској унији/ Зоран Радивојевић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр.70, 2015, стр. 81-100

Издвојено мишљење на одлуку Уставног суда IУз-156/14 (Оцена уставности Закона о допуни Закона о судијама, «Службени гласник РС»број 121/12)/ Драган Стојановић У: Зборник Правног факултета у Нишу бр 71/2015, стр. 243-251.

Поступак за лишења пословне способности у праву Србије у контексту међународних стандарда о правима особа са инвалидитетом / Невена Петрушић У. Зборник радова Правног факултета у Нишу,бр. 70, 2015. стр.903-920. ISSN 0350-8501

Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула/Мирослав Лазић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу,бр. 70, 2015. стр. 555-572. ISSN 0350-8501

Британски парламент:покушај уставне реформе/Ирена ПејићУ: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 71, 2015, стр. 129-148.

Улога Народна банке Србије у очувању и јачању финансијске стабилности/ Срђан Голубовић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2015, бр. 70/2015, стр. 253-268

Право потрошача на повлачење из уговора / Милена Јовановић *Zattila* У: Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2015, бр. 70/2015, стр.755-766.

Доказивање дигиталних повреда права интелектуалне својине - осврт на англосаксонски правни систем / Видоје Спасић, Бранко Стевановић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. – Ниш : Правни факултет, Центар за публикације, 2015. – Бр. 69 (2015), стр. 203-226. ИССН 0350-8501

Правичност и актуелно моделирање пореских система у свету/ Марина Димитријевић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 70/2015. ISSN 0350-8501 стр. 277-292

Заштита деце у међународном хуманитарном праву/ Небојша Раичевић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2015, бр. 70/2015, стр. 119-136

Криза функција политичких партија / Славиша Ковачевић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. – Ниш : Правни факултет, Центар за публикације, 2015. – Бр. 69 (2015), стр. 165-182. ИССН 0350-8501

Друштвени оквир «права слабијег» / Славиша Ковачевић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. – Ниш : Правни факултет, Центар за публикације, 2015. – Бр. 70(2015), стр.157-170. ИССН 0350-8501

Скица за промишљање општих правних начела Европске уније/ Сузана Медар У: Зборник Правног факултета у Нишу бр 70/2015, стр. 169-186

Тржиште обвезница јавног сектора у Републици Србији: стање и перспективе развоја / Александар Мојашевић, Љубица Николић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. бр. 70 (2015).ISSN 0350-8501 стр. 221-239.

Изборно право особа са инвалидитетом/Маја Настић у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 70. 2015. ISSN 0350-8501 стр. 137-156

Приватна аутономија и забрана дискриминације у грађанскоправним односима/Ивана Симоновић У:Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 70. 2015, стр. 677-702

Закључак Уставног суда о одбацивању предлога за оцену уставности и законитости парафираног «Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа» између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини - приказ и коментар / Милош Прица У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. – Ниш : Правни факултет, Центар за публикације, 2015. – Бр. 69 (2015), стр. 229-246. ИССН 0350-8501

Забрана позивања на одговорност у антидискриминационом праву-национални и европски стандарди/ *Анђелија Тасић*У: Зборник радова Правног факултета у Нишу,бр. 70, 2015. стр.979-990. ISSN 0350-8501

Управљање јавним зајмом: правно-економске последице по положај државе као дужника / Марко Димитријевић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу,бр. 70, 2015. стр. 311-328. ISSN 0350-8501

Примена принципа *in dubio pro reo* у кривичном поступку/Иван Илић, У Зборник радова Правног факултета у Нишу,бр. 70, 2015. Стр.467-482. ISSN 0350-8501

М 53

Историјски развој малолетничког кривичног права /Драган Јовашевић У: Пешчаник. - Ниш : Историјски архив, 2015. - Год. 13, бр. 13 (2014), стр. 152-164. ИССН 1451-6373

Застарелост у кривичном праву / Драган Јовашевић У: Правна ријеч. - Бања Лука : Удружење правника Републике Српске, 2015. - Год. 12, бр. 44 (2015), стр. 263-282. ИССН 1840-0272

Положај осуђених лица у Републици Српској / Миодраг Н. Симовић, Драган Јовашевић У: Часопис Вјештак: из области теорије и праксе вјештачења. - Бања Лука : Центар за вјештачење, 2015. - Год. 1, бр. 2 (2015), стр. 181-191. ИССН 2303-6893

Насиље у породици или породичној заједници/ Драган Јовашевић, У: Перјаник, Подгорица, број 32/2015. године, стр. 24-29

Основне карактеристике новог малолетничког кривичног права у Босни и Херцеговини/ Драган Јовашевић, Владимир Симовић У: Право и правда, Сарајево, број 1/2015. године, стр. 415-440

Санкције у новом прекршајном праву Федерације БИХ/ Драган Јовашевић, У: Годишњак Факултета правних наука, Бања Лука, број 5/2015. године, стр.97-113

The role of the Commissioner for protection of equality in prevention of the gender-based discrimination / *Nevena Petrušić* У: Gender equality in defence system: accomplishments and trends: abstract proceedings. - Belgrade: Strategic Research Institute, 2015. - Str. 15. ISBN 978-86-81121-13-9

The political and legal framework of the position of Serbia at the Berlin Congress/ *Nebojša Randelović*, У: Facta universitatis:Law and Politics, Vo.13, No.2 , 2015, pp. 123-138

Психијатријска вештачења у поступку процене радне способности/
Владимир Ђорђевић, Зоран ЋирићУ: Света рада-Београд: Еко центар.
2015. Вол.12, бр. 2 (2015). Стр. 129-136. ISSN 1451-7841

Судскопсихијатријска евалуација претпрпљеног страха и душевних болова
као видова нематеријалне штете/Зоран Ћирић...[et al.] У: Свет рада-Бео-
град: Еко центар 2015-Во. 12, бр. 2 (2015). Стр. 191-204. ISSN 1451-7841

Педесет пет година Правног факултета у Нишу: споменица/уреднице
Ирена Пејић, Наташа Стојановић. Ниш-Правни факултет, 2015. ИСБН 978-
86-7148-199-1

CIP - Каталогизација у публикацији - Народна библиотека Србије, Београд

340.137(4-672EU:497.11)(082)

ПРОЈЕКАТ "Усклађивање права Србије са правом ЕУ" : зборник радова.
Књ. 3 / [главни и одговорни уредник Мирослав Лазић]. - Ниш : Правни
факултет Универзитета, 2016 (Ниш : Медивест). - 261 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија
уз поједине радове. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-216-5

1. Лазић, Мирослав, 1961- [главни и одговорни уредник]

а) Право - Хармонизација - Европска унија - Србија - Зборници

COBISS.SR-ID 223080716