

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

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

Књига пета

Ниш, 2015.

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ“

Књига пета

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

Рецензенти:

Проф. др Борче Давитковски

Проф. др Стеван Лилић

Проф. др Миле Дмичић

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Предраг Димитријевић, *руководилац Пројекта*

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Пунта“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-212-7

ПРЕДГОВОР

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

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

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

Руководилац пројекта

Проф. др Предраг Димитријевић

САДРЖАЈ

Др Марко Трајковић, Др Војислав Ђурђић, ШТА ЈЕСТЕ, А ШТА НИЈЕ БИОЕТИКА.....	7
Др Зоран Радивојевић, ЗАШТИТА ЖЕНА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ	19
Др Драган Јовашевић, ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	39
Др Милева Анђелковић, РЕДЕФИНИСАЊЕ ПОРЕСКИХ ОДНОСА	57
Др Миомира Костић, УЛИЧНИ КРИМИНАЛИТЕТ.....	71
Др Милена Јовановић Zattila, Марија Драгићевић, НАЧЕЛО ЈАВНОСТИ ЕМИСИЈЕ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ	95
Др Тања Китановић, РОДИТЕЉСКО ПРАВО У КОНТЕКСТУ РАЗВОДА БРАКА	115
Др Дејан Вучетић, ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА НА ЛОКАЛНИМ ИЗБОРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	131
Др Александар Ђорђевић, КУПОПРОДАЈА НА ТРГУ У ДРЕВНОРУСКОМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ	147
Марко Димитријевић, ФИСКАЛНИ ДОПРИНОС ИНТЕРНЕТ ПОРЕЗА.....	159
Сања Ђорђевић Алексовски, ПРОБЛЕМАТИКА ДЕФИНИСАЊА АГРЕСИЈЕ КАО АКТА ДРЖАВЕ	173
Иван Илић, Бојана Станковић, ВАНПРОЦЕСНА ЗАШТИТА СВЕДОКА - ЛЕГИСЛАТИВНИ ОКВИР И ПРОБЛЕМИ У ИМПЛЕМЕНТАЦИЈИ.....	193

ШТА ЈЕСТЕ, А ШТА НИЈЕ БИОЕТИКА

Апстракт: Док се данас правна регулатива бави начинима како да регулише њој, неспремној, наметнута биоетичка питања, остаје као отворено питање шта јесте, а шта није биоетика. На то питање, које је за разлику од предходног садржинске природе, није још показана жеља чисто позитивно-правног становишта да одговори. Такво становиште држи се правила да ко држи закон, он држи и правду. Такво полазиште наликује на чисту теорију силе, којој се живот као средишњи појам биоетике опире. Биоетика се сусреће у својој дефиницији са питањем толеранције као вредности која биоетици и одређује садржину. Остаје само као непријатно, али незаобилазно, питање да ли према свему и до које мере ваља исказати толеранцију? И још једно питање које се намеће је ко је тај који одређује меру толеранције?

Кључне речи: право, биоетика, вредности, толеранција.

Увод

Оно што је данас друштву, држави и праву неопходно је употреба „категорије знакова времена“ помоћу које је могуће описивати позитивне видове друштвених процеса и историјских догађаја.¹ А оно што данас недостаје у расправи о биоетици је баш оно што је папа блажени Иван XXIII учинио уврштавањем категорије знакова времена. Он је то учинио у оквирима концилског теолошког говора,² а ми то желимо да проширимо на све свере живота. Да ли је смисао биоетике исти као и смисао апостолске конституције „*Humani salutis* – Спаситељ рода људског“? Шта је савремени

1 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Glas Kocila, Zagreb, 2009, 39.

2 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 38.

свет без биоетике као дневног и ноћног чувара? Биоетика није једнострано дијагностицирање света, већ интегралистичко сагледавање свега постојећег. Али, то истовремено значи и критику негативних стремљења. Зашто? Једноставно, јер је уочљив „изниман знанствено-технолошки напредак, али без сигурне и јасне моралне подлоге“.³ Биоетика улази у моду, и њоме се „површни“ духови баве као са „модним“ детаљем, пишући о њој кроз разноразне водиче, те биоетика почиње да личи на „туристичку“ атракцију, која ће једног дана бити замењена бољом, свежијом и богатијом понудом. Да ли је биоетика заиста то, ствар моде?

1. Биоетика као знак времена

Усред таме биоетика постаје знак времена који води ка светости живота. Истовремено, постаје и отворен дијалог са друштвом које је доживело пад и слом. Ипак, биоетика као знак времена даје визију сретнијег друштва јер: „Ако свијет изгледа измјењен на добро, и кршћанска је заједница увелике измјењена и обновљена: она се друштвено ојачала у јединству, ојачала је интелектуално, а изнутра се уљепшала“.⁴

Биоетика као знак времена није негативна констатација друштвене збиље, није олако прихватање онога што не може бити прихваћено, није прихватање потамњења живота. У том наводном страху за људски живот ти „преплашени“ нуде и тамне визије света и „Такви би наиме у садашњим приликама људске заједнице хтјели видјети само рушевине и невоље (...), као да из повјести која је учитељица живота немају што научити (...)“ ипак „нама се чини да се не смјемо сложити с тим злокобним пророцима који увјек навјешћују горе, као да је пред вратима смак свјета“.⁵ Дакле, уместо човека „скрханог“ болом, ми тражимо човека који носи крст усправно и иде кроз живот, таквог човека тражимо за биоетику, такву биоетику нудимо човеку.

Површно посматрање биоетике нуди страх од знакова времена, а потом нуди вредносно „проблематичне“ перспективе човека. Тако се путем правног позитивизма поново човеку нуди сада нека потпуно „измишљена“ процедурална верзија биоетике кроз разне водиче, а не могућност да он стекне живљу свест о свом достојанству. Према знацима времена биоетика се и сама односи не као дескриптивна свест, већ као критички приказ човека и његовог друштва, јер она није неки производ медицине који

3 Ibid., 40.

4 Ibid.

5 Ibid., 41.

ваља да јој помогне у „невољи“ и није медицинско „помагало“ већ свест о људском животу, она је „квасац“ друштва. Тај „квасац“ указује и означава „мукотрпност“ друштва у сопственој изградњи. Оно што јесте биоетика је не само давање одређених сазнања, већ и могућност да сама биоетика „учи“ од друштва. У том обостраном процесу, она и сама као знак времена није резигнација, него нада јер доказује „да Краљевство Божје није људско власништво“.⁶

Биоетика којој „нагињемо“ представља свест да нема боље прилике, да нема заборављања па враћања човеку, да је заиста неопходно прихватити „проповиједај Ријеч, упоран буди – било то згодно или незгодно – увјеравај, пријети, заповједај са свом својом стрпљивошћу и поуком“.⁷ Иако, ове речи звуче „грубо“ то им није намера, мада морамо поставити питање како се можемо одбранити од насртаја на живот? Да поновимо, шта јесте биоетика? То није морално „прибежиште“ лекара, већ напредовање моралне свести човека у односу на целог човека. Јер, етички и биоетички водичи за лекаре, правнике нису ништа друго но дечија игра путоказ. Тај пукотаз нам нуди замену сигурних знања за још сигурнија, а што даље води ка закључку да више таквих процедуралних знања „мање мудрости“.⁸

Шта биоетика може да учини у времену чињеничног плурализма који прати и вредносни релативизам? Да ли да буде пука рефлексивна свега, и „ведра метафизичка лакомисленост“⁹ која прихвата да *Befehl ist Befehl* и *Gesetz ist Gesetz*. Да ли смо ми „композитори“ или „музичари“? Те да ли се налазимо у оркестру где свако може „на свом инструменту свирати што лепше може; и варијације су му допуштене, ако само све струне звуче. Сви су инструменти подједнако потребни. За хармонију нек нико не брине; њу ће створити неко други“.¹⁰ Иако ове речи звуче као нешто што је могуће прихватити ваља бити обазрив јер „Позитивизам је стварно са својим убеђењем „закон је закон“ обезбужио немачки правнички сталеж пред законима са самовољном и злочиначком садржином“.¹¹

Ми се ипак враћамо питању да ли они који држе закон, држе и правду? Ако и кажемо да закон говори и неком праву, ипак нисмо рекли ништа о томе где је објективни основ таквог права. Ако кажемо да кривични закони регулишу неко право из живота човека, ми још ништа нисмо рекли о том

6 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 51.

7 Ibid., 54.

8 Ibid., 59.

9 Г. Радбрех, *Филозофија права*, 1980, 13.

10 Ibid., 25.

11 Ibid., 287.

праву, и уместо да се бавимо кривичним законима, ми ваља да се бавимо оним онтолошким делом кривичног права. Онтолошки део кривичног права је не само најважнији аспект кривичног права већ и целокупног правног поретка. Зато се намеће следеће питање да ли се у „шутњи“,¹² ако се човек изгуби у равнодушности „шутње“, изгубила и биоетика? Тада су водичи за њу остали као негативан знак исривљене идолотарије. Зато површно схватње биоетике и представља пут у релативизам. Само желимо да истакнемо једну исправку до које држимо „Плурализам нипошто не означаје одмах и релативизам“.¹³ Зато ми „заговарамо“ интегрализам насупрот тоталитаризму мишљења. Зато плурализам није неприхатљив, већ је неприхватљиво одбацавање права на критичко промишљање разноврсности света. Што даље значи можда је плурализам није омеђен, али није ни моћ критичког промишљања. Дакле, не може се на рачун плурализма и толеранције, захтевати „шутња“. Ово не, јер то је сигуран пут у тоталитаризам, који има разна и различита лица, као и терор, у коме је узрок „суманости чињења неправде“.¹⁴ Тако уместо водича којима ваља да обликујемо свест младих нараштаја који показују интересовање за биоетичко подручје ваљало би следити „Die Liebe geber die Welt, die Freundschaft wird sie wieder gebären“.¹⁵ Оно што је недопустиво је најпре биоетику одредити као подручје, а потом све у том подручју што је одређено од већинских група као негативно посматрати кроз „злобиве наочари“.¹⁶ Оваква поставка биоетике, која сигурно њој наноси штету, посебно је присутна у нестабилним правним системима и осиромашеним бившим комунистичким режимима, јер „ко је гладан, тај има мало смисла за етичке проблеме“.¹⁷ У таквим нестабилним система који обилују „глађу“ дешава се „невероватно“ негативан спој процедуралне демократије и моралног релативизма.¹⁸ Тако се и биоетика која нема ничега што је повезује са пуком формом и процедуром схвата као још један израз форме, чиме се њој наноси несагледива штета, и то наравно није биоетика. Таква биоетика постаје и сама израз „антисолидарне културе“¹⁹ која директно води одбацавању светости живота.

12 Н. Јурић, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, PERGAMENA, Zagreb, 2010, 29.

13 Т. Матулић, *Metamorfoze kulture*, 362.

14 Х. Брох, *Писма о Немачкој 1945-1949*, Београд Култура, Београд, 1994, 7

15 Х. Брох, *Писма о Немачкој 1945-1949*, 49, ф. 9.

16 Ibid., 75.

17 Ibid., 90.

18 Т. Матулић, *Metamorfoze kulture*, 365.

19 Ibid., 366.

За правно-позитивистички начин посматрања биоетике, све што није форма и процедура постаје претежак терет који се одбацује. Посебно ваља обратити пажњу у схватању биоетике као подручја, како се оно схвата, да је и ова поставка подложна критици, јер ко ће бити тај ко ће одредити шта то улази а шта не у подручје биоетике. Ипак, иако је то тежак задатак ми га морамо прихватити.

2. Да ли је биоетика облик моралног релативизма?

Схватањем биоетике као подручја отвара се питање да ли је она облик моралног релативизма? Да ли она призива морални релативизам, и губи критичку оштрицу? Шта сме, а шта не да критички опажа?

Шта се дешава када се прихвати морални релативизам у праву? Да ли се сме да каже за „свињарију“ да то и јесте, или се можда мора користити нека друга реч која лепо звучи али „свињарију“ само спорадично помиње и опомиње. Ово се десило и о томе сведочи Херман Брох (*Herman Broch*): „О свињаријама које су починили штреберски професори и доценти на универзитетима, истискујући своје јеврејске колеге, о случајевима који су ми познати са свим детаљима, о свему томе радије не би говорио“.²⁰ Да ли онда постоји вредносно неутрална наука? Став моралног релативизма у науци ће одговорити потврдно. Сада када то применимо на биоетику као подручје, ако појам подручје схватимо површно, то апсолутно призива морални релативизам. На овај начин биоетика је од отвореног подручја постала затворени морални релативизам. Затворен у контексту да је у њему све дозвољено осим критике свега. То представља тоталитарну ноту моралног релативизма, јер је све осим критике свега дозвољено. Критика се у таквој атмосфери жели да прикаже као негативна тенденција која нарушава слободу мишљења и делања, као да критика није производ нечијег промишљања света. И тако од отвореног подручја стижемо до затвореног трговачког система у којем тргујемо са оним са чиме се не тргује, са светом живота. Тако се у затвореном кругу моралног релативизма схвата као доказано „оно што тек треба доказати“.²¹ Зато прихватамо као једино могуће озрачје биоетике да „голо постојање чињеничног плурализма још не значи да су све моралне позиције у друштву једнако добре и исправне, него значи да у друштву реално постоји плурализам моралних мишљења и ставова“.²²

20 Х. Брох, *Писма о Немачкој 1945-1949*, 19.

21 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 379.

22 Ibid., 381.

Апсолутни морални релативизам није ствар „моде“ која ће проћи, то је пошаст која не пролази, већ долази, иако је „најапсурдније гледиште које је чак промакнуто у моралну филозофију“.²³ Јер чему биоетика, ако се одриче критике? Ако се одрекне критике и она постаје апологет система, подручје у којем власт која држи закон, држи и биоетику. Чему морал ако зависи од власти? Тако се тихо спроводи деморализација друштва и облика мишљења, што не може да мимоиђе ни биоетику. И на тај начин прва норма друштва постаје чињенични плурализам, који у потпуном таутолошком закључку каже, добро је оно што је добро.

Биоетика од тада постаје подручје које прикупља проблеме, без иакаквог изгледа, баш због уздизања чињеничног релативизма на пиједастал моралне истине, да проблеме и решава. Ако истовремено прихватимо да се у друштву данас рађа мноштво проблема који се не решавају, долазимо до апсурдне ситуације. Чињенични плурализам и морални релативизам постали су догма о којој се не расправља. Дакле, о догми се не говори, њој се дугује беспоговорна послушност, и то постаје преовлађујућа атмосфера државе данашњег доба.

Да ли су чињенични плурализам и морални релативизам довели до тога да се у биоетици као подручју исцрпљујемо на инсистирању о постојању разлика, и одбацивању морално-вредносног слагања? Да ли смо се сврстали на једну страну, ако смо желели да кроз критичко промишљање сагледамо ствари? Да ли је могуће остати на нивоу критичког промишљања без припадања некој страни? На ова питања је тешко одговорити. Ипак, лакше је сврстати се јер је припадање некоме или нечему делотворније од аргумената, то се посебно истиче у партијској дисциплини, где је последња истина вођина реч. Зато је критичко промишљање света увек било протеривано из тоталитарних друштава. Данас се као догма прихвата да су чињенични плурализам и морални релативизам брана од тоталитаризма, што није истина.

У такву атмосферу покушава да се увуче и биоетика, која се као подручје не може сама бранити, јер није изградила механизме одбране. Биоетика би морала да буде одређена као подручје људске реакције на недаће човека које га „спопадају“. Биоетика је дакле, подручје људске реакције на стварност којом човек жели да овлада, али самим тим и да буде одговоран за њу, јер је он „надишао антрополошки оквир одговорности и *de facto* доспио у

23 B. Williams, *Morality. An Introduction to Ethics*, Cambridge, 1972, 32. Наведено према: Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 381.

теолошку димензију одговорности“.²⁴ Због овакве поставке биоетике она не може да буде „декоративни“ аспект права и медицине.

Ипак, толеранција на коју је биоетика упућена није декларативна, већ је од суштинске важности за различитост критичких приступа и тиме не захтевамо биоетичку непристрасност према животу. Дакле, желимо да истакнемо да биоетику налазимо тамо где је потребно да се нешто разуме и самим тим истичемо њене следеће карактеристике: интегралистички и релацијски приступ, толеранцију и критику.

Интегрализам у науци је данас неопходност, а не нечија жеља, јер без интеграцијских токова науке ће личити на изолована острва на којима се могу дешавати добре и лоше ствари без икаквог утицаја на друга острва у архипелагу и без икаквих последица и одговорности за оно што се дешава на конкретном острву. То ће узроковати назадовање у науци, јер чим она стагнира, а живот иде даље, она назадује и постаје ретроградни чинилац друштва. Наравно, да у интеграцији најпре полазимо од методолошке интеграције унутар биоетике као подручја, што је и природно обухватање једног тако великог подручја. Методолошки интегрализам који је апсолутно могућ и очекиван дозволиће холистичко постављање човека у свету. Биоетика такође има и релацијску разину, јер: „Стварање практичних теорија и успостављање мјерила у омеђеном кругу људског дјеловања без методолошки осигуране релације према филозофији у резултату може дати тек својеврсну прагматику, као скуп техничких правила без морално-регулативног важења, а нипошто етику дотичног подручја“.²⁵ Овде се у наставку слажемо са Човићем да се на интеграцијско-релацијској разини залажемо не за институционално подређивање, већ за интеграцијско „промишљање моралне проблематика“.²⁶ То је заправо, однос Хермеса и Хестије, „путника који долази из далека и већ опет одлази“ и огњишта; однос непознатог, страног и домаћег, познатог.²⁷ Обе стране би у својој искључивости биле научно неупотребљиве, јер ако влада Хермес онда је све сведено на „минимум познатости“ а ако влада Хестија онда се „све разуме само по себи“.²⁸ А нама је потребна релацијска разина и „конкреативност између човека и природе, између човека и ситуације, између човека и човека ...“.²⁹ Такав приступ омогућиће интеграцију какву до сада нисмо могли да

24 А. Човић, *Etika i bioetika*, Pergamena, Zagreb, 2004, 9.

25 А. Човић, *Etika i bioetika*, 27.

26 Ibid., 28.

27 Х. Фетер, *херменеутички огледи*, Досије, Београд, 2000, 32.

28 Ibid., 32-33.

29 Ibid., 33.

замислимо, јер та интеграција неће бити ни субјективни израз, ни израз неког „анонимног ‘механизма’или неког надређеног система“.³⁰ Сасвим у складу са овим „биоетику можемо надаље одредити као релацијску етику, чиме се означава нужност њеног одношења према филозофској етици и филозофији уопће“.³¹

Пошто је одликује интегралистичка перспектива посматрања живота, она је усмерена и на толеранцију, јер: „Оно што бих, међутим, хтјела сугерирати јест да различити етички приступи не показују непримјењивост етике, него њезино богатство. Важно је о етици размишљати као о ресурсу сучељавања с моралним дилемама које настају тјеком праксе. Успјемо ли барем показати да постоје различити начини размишљања о проблемима, то ће бити непојмљив успјех“.³² Ово сасвим природно јер: „Иако је лаичка култура, коју гради крута разумност, како је Хабермас изврсно описао – већ дуго доминантна и сматра се уједињујућим елементом, хришћанско разумевање стварности увек задржава своју тежину. Две стране стоје у односу блискости или напетости, узајамне расположивости за учење или за више или мање експлицитно одбијање“.³³

Али, како не би случајно изговорили као Херман Геринг (*Hermann Göring*): „Немам савјести! Моја се савјест зове Адолф Хитлер“³⁴ ми се морамо вратити критичком промишљању света. Ово се напосто мора јер нико не може да нас ослободи од моралних захтева, који су неопходни јер „Власт корумпира“ а „Апсолутна власт апсолутно корумпира“.³⁵ Критичко мишљење у праву и биоетици неопходно је због саме природе поставке Јесте и Треба. Тај нам однос одређује наше критичко мишљење и борбу за боље право, јер његова забрана заједно са „Забраном вредносних судова у друштвеној науци могла би да доведе до тога да нам једино буде дозвољено да дајемо стриктно чињеничну дескрипцију очигледних поступака, какви се могу запазити у концентрационим логорима, и можда исто тако чињеничну анализу мотивација оних који чине такве поступке“.³⁶ Оваква ситуација природно доводи до одбацивања свега што може да ствари назове својим именом, што се посебно истиче данас као квалитет, јер се баш данас све зове „другачије“.

30 Ibid.

31 А. Човић, *Etika i bioetika*, 28.

32 Ibid., 22.

33 Ј. Рацингер – Бенедикт XVI, *Европа, Њени темељи данас и сутра*, Новоли, Београд, 2010, 73.

34 V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, Školska knjiga, Zagreb, 1996, 41.

35 Ibid., 34.

36 Л. Штраус, *Природно право и историја*, Плато, Београд, 1998, 45.

Ово опет узрокује и „доводи у опасност историјску објективност“.³⁷ То је данас веома велика препрека са којом се сусрећемо приликом одређења шта јесте, а шта није биоетика. Без критичког мишљења у биоетици ми нисмо у могућности да начинимо разлику „између аутентичног и лажног, између вишег и нижег; између праве религије и лажне религије, између правог вође и шарлатана, између знања и учености или софизма, између врлине и порока, између моралне осетљивости и моралне тупости, између уметности и кича, између виталности и дегенерације итд.“.³⁸ Онда се сасвим јасно открива да ће прво одсуство критичког промишљања бити исказано у језику који намеће морални релативизам, све је допуштено, све је једнако а „Кад се има на уму да сваком чињеничном завођењу народа мора предходити његово језичко завођење, онда ће се можда ипак спознати да се истинољубивости у политичким питањима мора придати енормна важност“.³⁹ Историја је својом неумитношћу показала да је ваљало критички у оно доба посматрати и процењивати речи: „Наше избављење је у Хитлеру“.⁴⁰ Тако и данас, ваља добро промислити где и у чему нам се нуди избављење, а не само пуко веровати у ту нову цивилну религију, где због нашег одуства вере у њу можемо бити изгнани као „несоцијални држављани“ који показују одсуство „љубави према законима“.⁴¹

Зато се у биоетици као подручју људске реакције на стварност морамо борити за „адекватније оцјене“⁴² које ће допринети бољем разумевању и савладавању стварности и то кроз крилатицу: „Буди вјеран начелима, и нипошто догматичан“.⁴³ А данас се тражи супротно, одсуство вере у начела и чист апологетски дух и вера у „државно законодавство“.⁴⁴ Данас се у тој атмосфери и нуди да „вера не би имала више ништа рећи човеку данашњице јер би то било у супротности са хуманистичким појмом разума, разумности и слободе“.⁴⁵ То је класична охолост разума на делу, те се тако и десило да „Такав правни поредак, који се у свакодневном животу одвијао уобичајно, постао је деструктивна моћ права: право и ред који су требали да буду у служби правде означили су превласт нелегалности која је свуда

37 Л. Штраус, *Природно право и историја*, 51.

38 Ibid., 53.

39 V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, 77.

40 Ibid., 69.

41 A. Stres, *Sloboda i pravednost*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 2001, 130.

42 V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, 75.

43 Ibid., 120.

44 J. Рацингер – Бенедикт XVI, *Европа, Њени темељи данас и сутра*, 33.

45 Ibid., 75.

продирала, тако да је лаж зашла дубоко у свест. У служби лажи налазио се систем терора у коме нико није био поуздан, стога се свако крио под велом маске, која је, са једне стране, служила као вид самоодбране, а са друге је јачала моћ зла“.⁴⁶

Закључак

Шта када је „лаж дубоко зашла у свест“? Како тада одредити шта јесте, а шта није биоетика?

Сама одредба биоетике као подручја реакције човека на стварност обухвата више разина проблема. Дакле, најпре то је подручје реакције човека на „људски развој у садашњем времену“.⁴⁷ Она полазишна тачка Павла VI била је развој под којим он разуме достизање стадијума у коме је народ „пре свега спасен глади, беде, ендемских болести и неписмености“.⁴⁸ Као питање које се намеће у покушају одређења биоетике стоји да се питамо „у којој су мери очекивања Павла VI била задовољена моделом развоја усвојеним у последњих неколико деценија“ у којима је „Црква одиста имала разлога за забринутост над човеком, као правим представником технолошког доба, и за дилему да ли ће он себи успети да постави реалне циљеве и знати да увек на прави начин управља средствима која му стоје на располагању“.⁴⁹ Ово се посебно очитује у биоетици, која као подручје реакције човека на стварност одговор на питање крањих граница овладавања човека над човеком и природом где је сваки развој „оптерећен разним изопаченостима и болним проблемима“.⁵⁰ Зато је неопходан „дијалог између различитих нивоа људског знања“ и вере.⁵¹

Пошто је биоетика подручје реакције човека на стварност она је аутоматски и подручје реакције човека на његов положај у тој стварности. Она је подручје размишљања о његовом положају као и сама реакција на тај и такав положај. Оно што она у томе није је пука дескрипција која је вођена апологентским тоновима, а то се данас веома често дешава.

Дакле, биоетика је интергацијско-критичко подручје човекове реакције на стварност. У томе се она одликује интергацијом и критичким тоновима који ваља да човеково знање усмере на опште добро. Њу одликује тешкоћа

46 Ј. Рацингер – Бенедикт XVI, *Европа, Њени темељи данас и сутра*, 81.

47 Папа Бенедикт XVI, *Енциклика Љубав у истини*, Београд, 2010, 33.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Ibid., 34.

51 Ibid.

испољена у стварању равнотеже између толеранције и прихватања разлика и пуког чињеничног плурализма и апсолутног моралног релативизма. Овај задатак нимало није лак и испуњен је опасним странпутицама, које се неће решити писањем водича за ову или ону струку. Водич је ништа друго него „ампутирање“ критичког размишљања и гласноговорник оних који држе закон, а то биоетици није потребно, јер је она гласноговорник општег добра. Наравно одмах ће се појавити питања шта је опште добро и ко је тај ко ће одредити шта је опште добро? Одговор на ова питања није једноставан и не може се дати након кратког промишљања, јер та питања и представљају једну ризичну тачку у одређењу биоетике.

А оно што се извесно може је истрајавати у интеграцијско-критичким тоновима у подручју које се назива биоетика, упркос тешкоћама. Биоетика је и процес, не у формално-правном смислу, већ процес у смислу настанка и трајања, који иде. Оштрица интерграцијско-критичког схватања човека мењаће своју „прецизност“ али неће посустати, јер када би се то десило човек би остао без свог одређења у стварности. А саставни део те стварности је и право, те се кроз положај човека у стварности одређује и положај човека у правном поретку, посебно у његовом кривично-правном аспекту. Сва се биоетичка питања на самом свом крају нађу пред кривичним „огледалом“ те је биоетика као интеграцијско-критичко подручје посебно значајна за тај аспект правног поретка који називамо кривичним правом. Зато и остаје да је кривично-правно „огледало“ огледало схватања биоетичких проблема у стварности, те да је то тачка кроз коју се преламају сва биоетичка питања.

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

WHAT IS AND WHAT IS NOT BIOETHICS

Summary

Whereas the unprepared legislature endeavors to find ways to regulate the bioethical issues which have been imposed on the legislator, the open question remains what is and what is not bioethics. Unlike the former procedural one, this issue is substantive in nature and it has not been addressed from the positive law perspective in an endeavor to provide relevant answer this question. The positive law standpoint rests on the following rule: the holder of law is the holder of justice. Such a starting point reminds of the pure theory of force but life, as the central category of bioethics, tends to resist such a conception. In the definition of bioethics we encounter the question of tolerance as a value which determines the content of bioethics. Yet, it gives rise to an unpleasant but inevitable question concerning the scope and extent of tolerance: should it be practiced at all times and to what extent? Another important issue is who determines the measure of tolerance.

Keywords: law, bioethics, values, tolerance.

ЗАШТИТА ЖЕНА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ

Апстракт: Правила међународног хуманитарног права која штите жене у оружаним сукобима могла би се разврстати у неколико основних целина.. Прву чине одредбе којима се установљавају основна начела заштите жена. У међународном хуманитарном праву важи принцип да се са женама мора поступати на исти начин и без неповољног разликовања на основу пола. Ова забрана дискриминације заснована на полу допуњена је начелом различитог третмана жена у односу на мушкарце у ситуацијама када то захтева поштовање њихових посебних потреба. Друга целина обухвата правила о заштити жена бораца које су припаднице оружаних снага. Жене борци имају иста права, обавезе, одговорност и заштиту као и мушкарци који уживају такав статус, укључујући право да постану ратни заробљеници када падну под власт непријатеља. У погледу третмана током заробљеништва, постоји одређени број посебних правила која предвиђају додатну заштиту жена ратних заробљеника и односе се на нека специфична питања, као што су смештај, хигијена, рад, кривичне и дисциплинске санкције, услови извршења казни, могућност непосредне репатријације и смештаја у неутралне земље. Трећа група правила пружа заштиту женама које у оружаним сукобима имају статус цивила. Као најзначајнији део цивилног становништва жене су у међународном хуманитарном праву двоструко заштићене. Оне се, најпре, штите од последица непријатељстава, а затим и од свих облика злоупотреба и забрањених поступака стране под чијом се влашћу налазе. Обе врсте заштите заснивају се како на општим правилима примењивим на сва цивилна лица, тако и на посебним правилима која се односе искључиво на жене.

Кључне речи: жене, међународно хуманитарно право, заштита, забрана неповољног разликовања, посебан третман, борци, ратни заробљеници, цивили, последице непријатељстава, забрањени поступци.

1. Увод

Класично ратно право све до краја Првог светског рата није посебно штитило жене у случају избијања непријатељстава. Па ипак, то не значи да су оне биле лишене било какве заштите у рату. Од самог настанка овог дела међународног права жене су уживале исту општу заштиту као и мушкарци уколико се нађу у положају рањеника, болесника и бродоломника или када постану ратни заробљеници.

Прве одредбе међународног хуманитарног права које предвиђају посебну заштиту жена појављују се у тек периоду између два светска рата. Оне су унете у Женевску конвенцију о заштити ратних заробљеника из 1929. године која у чл. 3 изричито предвиђа „да ће се са женама поступати са свим обзирима које захтева њихов пол“. Од значаја је и чл. 4 исте Конвенције у коме читамо: „Различито поступање са ратним заробљеницима допуштено је само уколико се те разлике заснивају на војном чину, стању физичког и менталног здравља, стручним способностима или полу оних који ће од тога имати користи“¹.

Веће учешће жена у војним јединицама током Другог светског рата, као и драматични пораст цивилних жртава, посебно међу женском популацијом, пресудно су утицали да се њиховој заштити посвети много већа пажња у новој кодификације међународног хуманитарног права. Женевске конвенције о заштити жртава рата од 1949. године садрже више од тридесет чланова који се односе на посебну заштиту жена у оружаним сукобима. Највећи део тих одредаба налази се у Трећој конвенцији о поступању са ратним заробљеницима и Четвртој конвенцији о заштити цивилних лица у рату².

Међутим, озбиљне и бројне повреде правила о заштити жена током послератних оружаних сукоба указала су на нужност да се ове Конвенције употпуне и осавремене новим правилима. Тај циљ је остварен на конференцији у Женеви усвајањем Допунских протокола I и II о заштити жртава међународних и немеђународних оружаних сукоба. Први од њих садржи четири, а други три члана која предвиђају бољу и потпунију заштиту жена у оружаним сукобима³. На тај начин од 560 чланова, колико укупно имају Женевске конвенције и Допунски протоколи, четрдесет

1 Више о овој Конвенцији: М.Радојковић, *Рат и међународно право*, Београд, 1947, стр.68-74.

2 За текст ових чланова: В.Кнежевић-Предић, С.Аврам, Ж.Лежаја (ур.), *Извори међународног хуманитарног права* (даље: *Извори*), Београд, 2007, стр.46-238.

3 *Ibid*, стр.182-258.

одредаба је изричито посвећено заштити жена⁴, док је одређени број преосталих чланова од посредног значаја за њихов статус⁵.

Полазећи од наведених извора међународног хуманитарног права, правила која штите жене у оружаним сукобима могли би, *grosso modo*, разврстати у три целине: а) одредбе којима се установљавају основна начела заштите жена; б) правила која регулишу заштиту жена бораца; и в) правила која штите жене цивиле. Код последње две групе правила жене, поред опште заштите која им припада као и мушкарцима са истим статусом, уживају и посебну заштиту имајући у виду њихову рањивост и угроженост у оружаним сукобима. Том приликом заштита се пружа како женама у општем значењу тог појма, тако и женама које се нађу у посебним ситуацијама и околностима⁶ везаним за трудноћу, порођај или материнство.

2. Општа начела заштите

У међународном хуманитарном праву женама се пружа иста заштита као и мушкарцима, без обзира да ли су оне борци, цивили или лица онеспособљена за борбу (*hors d'combat*). Стога су основна начела овог права, попут принципа хуманог поступања према свим заштићеним лицима без икакве дискриминације, разликовања између бораца и цивила, заштите цивилног становништва од последица непријатељстава или ограничења и забране у коришћењу одређених врста оружја подједнако примењива на мушкарце и жене⁷. У том погледу посебан значај има забрана сваке дискриминације у примени правила међународног хуманитарног права која је заснована на полу. Ова забрана представља израз и потврду ширег принципа недискриминације, односно једнакости мушкараца и жена, који је чврсто утемељен у области људских права⁸. Његов еквивалент на терену међународног хуманитарног права је начело забране неповољног разликовања заснованог на полу.

4 J.Gardam, H.Charlesworth, Protection of Women in Armed Conflict, *Human Rights Quarterly*, 2000, no 22, p.159.

5 Videti: *Anex to the Guidance Document: General and Specific Protection of Women under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2004. Приступљено 27. августа 2015 са <http://refwold.org/docid/46e94378d.html>

6 З.Вучинић, *Међународно ратно и хуманитарно право*, Београд, 2006, стр.291.

7 C.Lindsey, *Women facing war*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2001, pp.20-21.

8 J.M.Henckaerts, L.Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, International Committee of the Red Cross, Cambridge, 2005, p.309.

Већи број одредаба Женевских конвенција и допунских протокола прописује да се са заштићеним лицима мора поступати на исти начин и без неповољног разликовања на основу пола. Забрана неповољног разликовања заснована на полу предвиђена је, *inter alia*, у заједничком члану 12 Прве и Друге конвенције⁹, као и у чл. 16 и 27 Треће односно, Четврте конвенције¹⁰. Она је садржана у чл. 75 Првог и чл. 4 Другог допунског протокола¹¹. Уз то, Трећа конвенција изричито прописује да жене „у сваком случају морају уживати исто тако повољно поступање које се признаје мушкарцима“¹².

Појам неповољног разликовања подразумева да се, без обзира што је дискриминација између полова забрањена, може правити разлика с циљем давања предности женама када су њихове потребе за бригом хитније и израженије. Према студији Међународног комитета Црвеног крста правило о забрани неповољне дискриминације у примени међународног хуманитарног права засновано на полу данас представља норму обичајног међународног хуманитарног права. Оно се једнако примењује као у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима¹³.

Према томе, принцип забране неповољне дискриминације не значи да је свако разликовање између мушкараца и жена забрањено. Оно се сматра недопуштеним само онда и у оној мери када је за њих неповољније. Различито поступање које је, пак, због посебних околности или потреба у интересу жена сматра се оправданим и дозвољеним. Из тих разлога формална једнакост у третману полова могла би се лако преобратити у неправду уколико се примени на ситуације које су фактички неједнаке и ако се не води рачуна о здравственим и другим специфичним потребама жена¹⁴.

Друго основно начело заштите у тесној је вези са поштовањем посебних потреба жена које су погођене оружаним сукобима. Сагласно том принципу, међународно хуманитарно право женама гарантује посебан третман различит у односу на мушкарце. Ово јасно произилази из одредаба које се налазе у све четири Женевске конвенције, а које налажу „да се према

9 За текст: *Извори*, стр.5 и 30.

10 *Ibid.*, стр.52 и 125.

11 *Ibid.*, стр.223 и 250.

12 Чл. 14, став 2 Конвенције.

13 Видети коментар уз правило 88: J.M.Henckaerts, L.Doswald-Beck, *op.cit.*, pp.308-309.

14 F.Krill, *The Protection of Women in International Humanitarian Law*, *International Review of the Red Cross*, 1985, no 249, p.340.

женама поступа са свим посебним обзирима који се дугују њиховом полу¹⁵. Са своје стране, Први допунски протокол прописује „да ће се са женама поступати са посебним обзирима“¹⁶.

Уговори међународног хуманитарног права не садрже дефиницију израза посебни обзир. У коментару ових документа речено је да овај појам укључује концепте који су резултат специфичне психолошке конституције жене, тј. част, скромност, трудноћу и порођај¹⁷. Према тумачењу неких теоретичара овде се заправо ради о здравственим и психолошким потребама жене које не морају увек, али су често, везане за њихову улогу рађања деце и представљају разлог посебне рањивости жена у односу на мушкарце¹⁸. Студија Међународног комитета Црвеног крста, такође, уместо термина „посебни обзир“ користи израз „посебне потребе жена које су погођене оружаним сукобима“. Оне могу бити различите у зависности од ситуације у којој се жене налазе, али се морају поштовати у свим приликама¹⁹.

Принцип посебног третмана жена разрађен је у већем одредаба које садрже резерве у односу на пол заштићених лица. Том приликом коришћене су различите формулације, почевши од неких крајње уопштених („без штете по одредбе које се односе на њихов пол“), па све до конкретнијих израза („одвојене спаваонице“, „одвојени хигијенски уређаји“, „држање у одвојеним просторијама“)²⁰. У теорији се сматра да је начело различитог третмана жена примењиво и у другим случајевима (на пример, заштита од увреда и јавне радозналости, испитивање, исхрана, одевање, интелектуалне, образовне и рекреативне активности, спорт, рад, услови премештаја, представљање) без обзира што није посебно предвиђено. По том гледишту, позивање на посебан третман жена има за циљ да се овај принцип појача, а не да се његова примена ограничи или, пак, потпуно искључи када се изричито не помиње²¹. Према поменутој студији Међународног комитета

15 Чл. 12, став 4 Прве и Друге конвенције; чл. 14, став 2 Треће конвенције; чл. 27, став 2 Четврте конвенције.

16 Чл. 76, став 1 Првог протокола.

17 *Commentary on the Third Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, p.147.

18 A.Biehler, Protection of Women in International Humanitarian law and Human Rights Law, in: Arnold, R. Quenivet, N. (ed.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law – Towards a New Merger in International Law*, Leiden-Boston, 2008, p.359.

19 Видети коментар уз правило 134: J.M.Henckaerts, L.Doswald-Beck, *op.cit.*, pp.475-477.

20 Видети: чл. 12 Прве и Друге конвенције; чл. 25,чл. 29 и чл. 108 Треће конвенције; чл. 76, чл. 85 и чл. 124 Четврте конвенције.

21 *Commentary on the Third Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, p.147; F.Krill, *op.cit.*, p.340.

Црвеног крста правило поштовања посебних потреба жена представља норму обичајног међународног хуманитарног права подједнако примењиву у међународним и немеђународним оружаним сукобима²².

За разлику од принципа забране неповољног разликовања заснованог на полу, који је од значаја за општу заштиту, начело посебног третмана жена представља темељ целокупног система њихове посебне заштите у међународном хуманитарном праву. Управо на основу тог начела женама се пружа допунска заштита и гарантују посебна права у случајевима када су укључене у оружане сукобе као борци или, пак, уколико су део цивилног становништва које не учествује непосредно у непријатељствима.

3. Заштита жена бораца

Статус бораца имају жене које су припаднице оружаних снага. Оружане снаге страна у сукобу састоје се од свих организованих оружаних снага, група и јединица, стављених под команду која је одговорна тој страни за руковођење својим подчињеним, чак када је та страна заступљена владом или неком другом влашћу коју противничка страна не признаје. Овакве оружане снаге подлежу интерном систему дисциплине који обезбеђује, између осталог, поштовање правила међународног права које се примењује у оружаним сукобима²³.

3.1. Права и обавезе жена бораца

Жене борци имају иста права, обавезе, одговорност и заштиту као и мушкарци који уживају такав статус. Прво и основно право жена бораца је да непосредно учествују у непријатељствима²⁴ и да за сам чин борбе нису одговорне. Њима је дозвољено да се боре и да примењују силу, а да за то не буду санкционисане правилима националног кривичног права. По томе се они разликују од жена цивила које би за иста дела биле кривично одговорне.

22 J.M.Henckaerts, L.Doswald-Beck, *op.cit.*, p.475.

23 Чл. 43, ставови 1 и 2 Првог протокола; за тумачење ове одредбе видети: Y.Sandoz, C.Swinarski, B.Zimmermann (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (даље: *Commentary on the Additional Protocols*), International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987, p.512, para.1675.

24 Чл. 43, став 2 Првог протокола. Коментар уз овај члан појашњава да директно учешће у непријатељствима имплицира непосредну узрочну везу између активности која је предузета и штете нанете непријатељу у време и на месту где се активност одвија. Видети: *Commentary on the Additional Protocols*, p.516, para.1679.

С друге стране, жене борци имају одређене обавезе и одговорност по међународном хуманитарном праву. Њихова главна обавеза састоји се у поштовању правила овог дела међународног права²⁵. Према томе, жене борци су лично одговорне за сваку повреду правила међународног хуманитарног права и за њу могу бити кажњене без обзира што не одговарају за само учешће у непријатељствима.

Друга основна обавеза жена бораца је да се разликују од цивилног становништва²⁶. То је логична последица општег правила да борци могу да учествују у непријатељствима и да буду нападнути за разлику од цивилног становништва које нема право да врши непријатељства и не сме бити нападано. Ова обавеза има управо за циљ да се појача заштита цивилног становништва од последица непријатељстава²⁷.

Иако су жене борци овлашћене да употребљавају оружје у борби и имају право да рањавају или убијају противнике, постоје ситуације када оне добијају статус заштићеног лица по међународном хуманитарном праву. Оне су заштићене од тренутка када престане њихово директно учешће у непријатељствима, а до тога долази у случајевима онеспособљености за борбу због последица рањавања, болести или бродолома, јасно изражене намере на предају или када падну под власт или у руке непријатеља. У овом последњем случају жене борци уживају општу заштиту коју обезбеђује статус ратног заробљеника. Из тога се изводи још једно право које се везује за статус жене борца. Реч је о њиховом праву да постану ратни заробљеници када падну под власт непријатеља.

3.2. Третман жена ратних заробљеника

Опште је правило да се са женама ратним заробљеници у свако доба мора поступати човечно. Забрањен је сваки незаконити акт или пропуст силе која их држи у заробљеништву, а којима се проузрокује смрт или озбиљно угрожавање здравља ратног заробљеника. Посебно је забрањено да се жене ратни заробљеници подвргавају физичком мучењу или медицинским и научним експериментима било које врсте. Жене ратни заробљеници, такође, у свако доба треба да буду заштићене од аката насиља или застрашивања и против увреда и јавне радозналости. Изричито су забрањене мере репресалија према ратним заробљеницима

25 М. Sassoli, А. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999, p.121.

26 Више о томе: З. Радивојевић, Разликовање између бораца и небораца у међународном хуманитарном праву, *Зборник Радова Правног факултета у Нишу*, 2009, LIII, str.25-54.

27 Чл. 44, ставови 2 и 3 Првог протокола.

Ратни заробљеници имају право да у свим околностима буде поштована њихова личност и част. Према женама заробљеницима мора се све време трајања заробљеништва поступати у складу са њиховим полом и оне се не могу ставити у неповољнији положај у односу на мушкарце. Жене заробљеници задржавају пуну грађанску способност коју су уживале у време заробљавања. Сила која их држи може ограничити ову способност само у мери у којој то захтева стање заробљеништва²⁸.

Сила која држи жене заробљенике дужна је да им обезбеди бесплатно издржавање и лечење. Исто тако, обавезна је да им пружи медицинску негу и пажњу коју захтева стање њиховог здравља. Ратни заробљеници третирају се једнако од силе која их држи без икакве дискриминације засноване на раси, националности, вероисповести, политичким уверењима или другим сличним мерилима. Различито поступање према заробљеницима допуштено је само ако се заснива на здравственом стању, полу, старости, војном чину или стручним квалификацијама²⁹.

Међународно хуманитарно право налаже странама у сукобу да заробљена лица у најкраћем року евакуишу у логоре који су довољно удаљени од борбене зоне. Евакуација се мора извршити на хуман начин и у условима сличним онима под којима страна која је спроводи то чини са својим јединицама при њиховом премештају. Заробљеницима се морају обезбедити довољне количине воде, хране и одеће, као и одговарајућа лекарска нега³⁰.

После заробљавања и евакуације из борбене зоне жене ратни заробљеници се могу интернирати. Реч је о мери која се састоји у смештају заробљеника у логоре где они принудно бораве уз ограничење слободе кретања. Сила која држи жене заробљенике може да им наметне обавезу да не напуштају изван одређених граница логор у коме су интерниране или ако је такав логор ограђен да не иду изван оградe. Жене заробљеници могу да буду затворене само ако је то нужно за заштиту њиховог здравља или због примене кривичних и дисциплинских санкција³¹.

Поред поменутих основних начела заштите, постоји серија веома детаљних правила која уређују све аспекте садржине заштите ратних заробљеника. Међународно хуманитарно право регулише до најситнијих појединости поступање са ратним заробљеницима и њихова права и обавезе током

28 Чл. 14 и чл. 15 Треће Конвенције.

29 Чл. 15.

30 Чл. 19 и чл. 20.

31 Чл. 21.

интернације све до завршетка заробљеништва. Та конкретна правила, која уређују различита питања од значаја за њихов третман током заробљеништва (смештај, исхрану и одевање, хигијенску и лекарску негу, помоћ медицинског и верског особља, верске, интелектуалне и физичке активности, дисциплину, чинове, премештање, рад, новчана средства, односе са спољним светом и са властима, дисциплинску и кривичну одговорност и крај заробљеништва), подједнако су примењива на ратне заробљенике оба пола³².

Постоји, међутим, мањи број посебних правила која се односе искључиво на жене ратне заробљенике. Она предвиђају додатну заштиту жена³³ и односе се на нека специфична питања, као што су смештај, хигијена, рад, кривичне и дисциплинске санкције, услови извршења казни, могућност непосредне репатријације и смештаја у неутралне земље. Њима треба придодати посебна правила о заштити трудница и мајки са малом децом у случају хапшења, притварања или интернирања, иако се она не примењују само на жене заробљенике.

У случају да буду интерниране просторије за смештај жена заробљеника морају бити одвојене од просторија у којима бораве мушкарци. Трећа конвенција изричито прописује да се у свим логорима у којима жене бораве заједно са ратним заробљеницима мушкарцима њима имају обезбедити одвојене спаваонице³⁴. Коментар уз овај члан појашњава да одвојеност просторија мора бити ефективна у том смислу да мушкарци немају приступ спаваоницама за жене заробљенике, без обзира на њихов евентуални пристанак. Страна која држи заробљенике одговорна је за стварну примену ове обавезе, али само у односу на спаваонице. Коментатори, међутим, указују да ова страна може на добровољној основи да потпуно издвоји делове логора у којима су смештене жене ратни заробљеници³⁵.

Кад је реч о хигијени, у логорима у којима бораве жене ратни заробљеници, њима се морају обезбедити одвојени уређаји³⁶. Обезбеђење потребних санитарних уређаја је од битног значаја за очување чистоће и здравља у логору. Ови уређаји морају се поставити тако да штите пристојност

32 Више о томе: З.Радивојевић, Заштита коју обезбеђује статус ратног заробљеника у међународном хуманитарном праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2012, LXIII, стр. 9-28.

33 С.Lindsey, *op.cit.*, p.21.

34 Чл. 25, став 4 Треће конвенције.

35 *Commentary on the Third Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, p.195; F.Krill, *op.cit.*, p.354.

36 Чл. 29, став 2 Треће конвенције.

и морају се одржавати у сталном стању чистоће. Елементарни обзирности пристојности захтевају да се женама заробљеницима обезбеде одвојени уређаји у одговарајућем броју³⁷, који им морају стајати на располагању у свако доба дана и ноћи.

Жене ратни заробљеници могу се користити као радна снага. Радној обавези подлежу само здраве жене заробљеници, при чему рад не сме да штети њиховом здрављу. Сила која држи заробљенике мора да води рачуна о њиховом полу, годинама чину, као и о њиховим физичким способностима, а нарочито у циљу да их одржи у добром стању физичког и душевног здравља³⁸. Ова обавеза, предвиђена Трећом конвенцијом, представља само конкретну примену општег принципа једнаког поступања³⁹.

Исти принцип примењује се кад су у питању дисциплинске и кривичне санкције. Жене ратни заробљеници не могу се кажњавати строжијим санкцијама од оних које су за иста дела изречене женама које припадају оружаним снагама силе која држи ратне заробљенике. Исто важи и за издржавање казне, јер се према њима не може поступати строжије него према женама припадницама оружаних снага ове стране. Поред тога, са женама ратним заробљеницима, пошто издрже кривичне или дисциплинске санкције на које су биле осуђене, не сме се поступати другачије него према осталим ратним заробљеницима⁴⁰.

Насупрот томе, у погледу услова за издржавање дисциплинских и кривичних санкција важи принцип посебног третмана жена. Тако Трећа конвенција предвиђа да се дисциплинске казне морају издржавати у просторијама одвојеним од мушких и под надзором женских чувара. Жене ратни заробљеници којима је на основу извршне пресуде изречена кривична санкција морају приликом издржавања бити, исто тако, смештене у одвојене просторије и налазити се под надзором жена⁴¹. Ово правило преузима Први протокол, прописујући изричито да ће жене чија је слобода ограничена из разлога у вези са међународним оружаним сукобом бити држане у одељењима одвојено од одељења за мушкарце. Том приликом оне ће бити под непосредним надзором жена⁴². Кад се ради о немеђународним оружаним сукобима, Други протокол, такође, предвиђа да ће се ухапшене,

37 *Commentary on the Third Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, p.207.

38 Чл. 49, став 1 Треће конвенције.

39 F.Krill, *op.cit.*, p.355.

40 Чл. 88, ставови 2 и 3 Треће конвенције.

41 Чл. 97 и чл. 108.

42 Чл. 75, став 5 Првог протокола.

интерниране или притворене жене држати у просторијама одвојеним од просторија за мушкарце и бити под непосредним надзором жена, осим када су мушкарци и жене из једне породице смештени заједно⁴³. Међутим, у овом случају жене чија је слобода ограничена немају статус ратног заробљеника.

У току трајања непријатељстава постоји могућност непосредне репатријације рањених и болесних жена ратних заробљеника у матичну земљу или њиховог смештаја у неутралну државу⁴⁴. Према обрасцу споразума који је приложен уз Трећу конвенцију право на непосредну репатријацију имају жене заробљеници са тешким хроничним гинеколошким обољењима или труднице и породиље чији смештај у болницу у неутралној земљи није могућ⁴⁵. За све остале трудне жене ратне заробљенике и жене заробљенике мајке са својом одојчади и малом децом предвиђена је могућност смештаја у неутралне земље⁴⁶.

Под посебну заштиту Први протокол ставља труднице и мајке са малом децом која зависе од њих у случају да су ухапшене, притворене или интерниране из разлога у вези са оружаним сукобом. Страна која ове жене држи у власти дужна је да им обезбедити највећу предност при разматрању њихових случајева⁴⁷. Уносећи ову обавезу, творци Протокола настојали су да трудне жене и мајке са малом децом у најкраћем могућем року буду пуштене на слободу. Међутим, то правило примењује се како на жене заробљенике, тако и на жене цивиле⁴⁸.

4. Заштита жена цивила

У сваком оружаном сукобу жене заједно са децом чине преовлађујући део цивилног становништва. Оне се сматрају цивилима у смислу међународног хуманитарног права само уколико нису припадници оружаних снага⁴⁹. Будући да немају статус бораца, жене цивили не смеју да учествују непосредно у непријатељствима.

Као део цивилног становништва жене су двоструко заштићене. Оне се у оружаним сукобима најпре штите од последица непријатељстава. С друге стране, жене цивили су заштићене од свих облика злоупотреба и

43 Чл. 5, став 2, тачка а.

44 Чл. 110 Треће конвенције

45 Одељак А, став 3, тачка ђ модела споразума из Прилога I

46 Одељак Б, став 7.

47 Чл. 76, став 2 Првог протокола.

48 F.Krill, *op.cit.*, pp.345, 353; З.Вучинић, *op.cit.*, стр.293.

49 Чл. 50, став 1 Првог протокола.

самовољног понашања стране под чијом се влашћу налазе. У питању су различити поступци и акти против жена које међународно хуманитарно право изричито забрањује. Обе врсте заштите заснивају се како на општим правилима примењивим на сва цивилна лица⁵⁰, тако и на посебним правилима која се односе искључиво на жене.

4.1. Заштита од последица непријатељстава

Пошто се сматрају делом цивилног становништва, жене уживају општу заштиту од опасности које произилазе из вођења непријатељстава. Њих штите сва правила међународног хуманитарног права која намећу забране и ограничења у извођењу војних операција. Међу њима посебан значај има општа одредба по којој су стране у сукобу дужне да у свако доба праве разлику између цивилног становништва и бораца и између цивилних и војних објеката. Сходно томе војне операције смеју се непосредно усмеравати само против бораца и војних објеката⁵¹. Цивилно становништво као такво и жене цивили појединачно не смеју бити предмет напада. Ово опште правило примењује се као у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима⁵².

Посебно су забрањени напади против ових лица извршени без избора циљева. Као такви, између осталог, сматрају се напади од којих се може очекивати да ће изазвати успутне губитке међу цивилним становништвом који су несразмерно велики у односу на непосредну војну предност која се очекује. Поред тога, забрањено је да се цивилно становништво, укључујући ту и жене, користе као живи штит ради обезбеђења или заштите војних објеката од напада⁵³.

У извођењу војних операција стране у сукобу дужне су да предузимају одређене мере предострожности. Њихов је циљ да се потпуно отклоне или сведу на минимум жртве међу цивилима. Стога нападач мора стално водити рачуна о томе да поштеди цивилно становништво као целину и жене цивили појединачно⁵⁴.

50 Више о томе: З.Радивојевић, Заштита цивилног становништва од последица непријатељстава у међународном хуманитарном праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2013, бр.65, стр.132-138.

51 Чл. 48 Првог протокола.

52 Чл. 13, став 2 Другог протокола

53 Чл. 51, ставови 4, 5 и 7 Првог протокола.

54 Чл. 57 и чл. 58.

За заштиту трудница и жена на порођају прописана су посебна правила. Оне су изједначене са рањеницима и болесницима и уживају исту заштиту приликом пружања лекарске неге и помоћи⁵⁵. У том погледу Први протокол изричито одређује да се под изразом рањеници и болесници подразумевају жене на порођају и друга лица којима је потребна непосредна лекарска помоћ или нега, као што су нејаки или труднице, и која се уздржавају од сваког акта непријатељства⁵⁶.

Исти третман у заштити ове категорије жена као и рањеника и болесника могао би се извести из још неких одредаба Четврте конвенције. Прва од њих предвиђа да су рањеници и болесници, као и немоћни и бремените жене, предмет нарочите заштите и поштовања⁵⁷. Према изричитој одредби исте Конвенције стране у сукобу ће настојати да закључе локалне споразуме за евакуисање из опседнуте или опкољене зоне рањеника, болесника, немоћних, старих, деце и жена на порођају⁵⁸. Од значаја су још две одредбе које прописују да се морају поштовати и штитити копнени, поморски и ваздушни транспорти који се користе за пренос рањених, болесних, немоћних и породиља⁵⁹.

Ради збрињавања и заштите трудница и мајки са малом децом предвиђено је успостављање посебних заштићених зона. Том приликом оне су, такође, изједначене са рањеницима, болесницима и немоћним особама. Према Четвртој конвенцији санитарске зоне и зоне безбедности су места намењена за смештај рањеника, болесника, немоћних и старих особа, деце млађе од петнаест година, бременитих жена и мајки са децом испод седам година. Ове зоне успостављају се на сопственој или окупираној територији споразумом страна у сукобу, а могу се одредити још у доба мира или тек када отпочну непријатељства⁶⁰. Зоне треба да обухвате слабо насељене територије, удаљене од војних објеката, важних индустријских постројења или административних установа. Оне не смеју ни у ком случају бити брањене, а саобраћај у њима не сме служити за превоз војног особља

55 V.Oosterveld, *Feminist Debates on Civilian Women and International Humanitarian Law, Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2009, no 27, p.396.

56 Чл. 8, тачка а Првог протокола.

57 Чл. 16 Четврте конвенције

58 Чл. 17.

59 Чл.21 и чл. 22.

60 Чл. 14.

и материјала. Границе зоне морају бити обележене знаком црвене косе линије на белој позадини⁶¹.

Посебна заштита жена цивила у оружаним сукобима била би непотпуна без пружања хуманитарне помоћи у храни, лековима, медицинској опреми, одећи и другим неопходним животним намирницама. Иако међународно хуманитарно право обавезује стране у сукобу да дозволе активности пружања помоћи целокупном цивилном становништву, приоритет у пријему помоћи имају труднице и породиље. Према Четвртој конвенцији у случају лекова, медицинског материјала и предмета потребних за верске обреде нема никаквих ограничења у погледу примаоца хуманитарне помоћи. Међутим, кад су у питању пошилке неопходних животних намирница, одеће и средстава за јачање, предност има помоћ намењена за најугроженије делове цивилног становништва, а то су деца млађа од петнаест година, бремените жене и породиље⁶². Према коментару уз овај члан основним се сматрају оне животне намирнице које су неопходне за здравље и нормалан физички и ментални развој лица коме су намењене, а то су млеко, брашно, шећер, маст и со⁶³.

Први протокол је проширио круг лица која имају предност у расподели хуманитарне помоћи. Према његовим одредбама, поред трудница и жена на порођају, као нова категорија примаоца помоћи наведене су мајке дојиље. Ова група жена цивила има у свако време приоритет и повлашћени третман код расподеле пошилки упућених цивилном становништву на било којој територији под контролом стране у сукобу када оно није на одговарајући начин снабдевано довољном количином производа неопходних за живот⁶⁴.

4.2. Заштита од злоупотреба и забрањених поступака стране под чијом се влашћу налазе

Жене као део цивилног становништва уживају општу заштиту без икакве дискриминације у погледу расе, националности, вероисповести или политичких уверења. Њима се гарантује хумани третман, поштовање живота, физичког и моралног интегритета. Посебно се забрањују убиства, мучење, телесно кажњавање, вређање људског достојанства,

61 Више о томе: M.Torelli, *Les zones de sécurité*, *Revue générale de droit international public*, 1995, no 4, pp. 787-848.

62 Чл. 23 Четврте конвенције

63 *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1958, p.180.

64 Чл. 70, став 1 Првог протокола.

узимање талаца, колективне казне и репресалије⁶⁵. У случају повреда учињених у вези са оружаним сукобом жене имају право на суђење пред независним и непристрасним судом који је основан законом уз поштовање општеприхваћених начела судског поступка⁶⁶. И у немеђународним оружаним сукобима женама цивилима који не узимају директно учешће у непријатељствима призната је општа заштита. Према заједничком чл. 3 Женевских конвенција, лицима која не учествују директно у непријатељствима забрањено је угрожавати право на живот, наносити повреде телесном интегритету и личном достојанству, изрицати казне без претходног правичног суђења и држати их као таоце.

Поред ове опште заштите коју уживају сви цивили, жене су посебно заштићене од сексуалног насиља. Пракса показује да су у оружаним сукобима управо жене биле најчешће, мада не и искључиво, жртве сексуалног насиља⁶⁷. Уговори међународног хуманитарног права садрже изричиту забрану силовања и других облике сексуалног насиља над женама у међународним оружаним сукобима⁶⁸. Тако Четврта конвенција прописује да су жене посебно заштићене од било ког напада на њихову част, а нарочито од силовања, принуђивања на проституцију и од сваког облика недоличног напада⁶⁹. Са своје стране, Први протокол забрањује вређање људског достојанства, нарочито понижавајући и деградирајући поступак, принудну проституцију и сваки облик недоличног напада⁷⁰. Разрађујући ову одредбу, Протокол предвиђа да су жене као предмет посебног поштовања, заштићене нарочито од силовања, принудне проституције и сваког другог облика недоличног напада⁷¹.

Кад су у питању немеђународни оружани сукоби, заједнички чл. 3 Женевских конвенција посебно не помиње силовање и друге облике сексуалног насиља над женама, док Други протокол изричито забрањује силовање, принудну проституцију и сваки облик недоличног напада⁷². Према раније поменутој студији Међународног комитета Црвеног крста забрана силовања и других облика сексуалног насиља представља норму

65 Чл. 13 и чл. 27-34 Четврте конвенције

66 Чл. 71-76.

67 A.Biehler, *op.cit.*, p.360.

68 Више о томе: V.Oosterveld, *op.cit.*, p.392.

69 Чл. 27, став 2 Четврте конвенције.

70 Чл. 75, став 2, тачка б) Првог протокола.

71 Чл. 76, став 1.

72 Чл. 4, став 2, тачка д) Другог протокола.

обичајног међународног хуманитарног права која се подједнако примењује у међународним и немеђународним оружаним сукобима⁷³.

Посебан вид заштите пружа се женама цивилима када се затекну на територији непријатељске стране или се нађу под влашћу ове стране на окупираној територији. Као и други цивили странци, оне имају право да напусте непријатељску територију, осим ако њихов одлазак није супротан националним интересима. У случају да остану на тој територији третирају се као странци у доба мира, али држава има право да према њима као непријатељским држављанима предузима мере контроле кретања, делатности и друге мере безбедности. Оне су исто тако подвргнуте осталим ограничењима која због стања оружаног сукоба погађају целокупно становништво⁷⁴.

Међутим, чак и у том случају, бременитим женама и мајкама са децом млађом од 7 година признат је повлашћени третман који државе у доба рата дају својим националним законима. Према Четвртој конвенцији ова категорија жена уживаће посебне повластице у истој мери у којој и држављани стране на чијој се територији као странци налазе⁷⁵. С друге стране, предвиђено је да окупациона сила не сме да спречава примену мера погодности које су усвојене пре окупације у корист бременитих жена и мајки с децом млађом од 7 година⁷⁶. Ове мере могу да буду различите у зависности од потреба трудних жена и деце о којима се мајке старају. Оне се свде на повластице у виду гарантовања допунског снабдевања у условима рационасане потрошње, олакшице у медицинском и болничком третману, допунске мере заштите од последица рата, евакуацији или смештају у неутралне државе⁷⁷.

Жене цивили на непријатељској или окупираној територији посебно су заштићене у случају да буду интерниране. Интернација је принудна мера која се састоји у смештају цивила у посебне логоре где они принудно бораве. Она није казна, већ мера која се предузима због императивних разлога безбедности државе у чијој се власти цивили налазе. Према општим правилима, интернирана лица задржавају пуну грађанску способност и врше сва права која из ње произилазе. Држава која држи цивиле у интернацији обавезна је да их бесплатно издржава и пружа

73 Видети коментар уз правило 93: J.M.Henckaerts, L.Doswald-Beck, *op.cit.*, pp.323-327.

74 Чл. 35-43 Четврте конвенције.

75 Чл. 38, став 5.

76 Чл. 50, став 5.

77 *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1958, p.248.

им здравствену заштиту. Она је дужна да их групише према њиховој народности, језику и обичајима⁷⁸.

Поред ових начелних одредаба, постоје посебна правила која предвиђају заштиту у корист интернираних жена. Ова правила представљају још једну конкретну манифестацију принципа посебног третмана жена. Према Првом протоколу жене чија је слобода ограничена из разлога у вези са оружаним сукобом биће држане у посебним просторијама одвојено од мушкараца. Оне ће бити под непосредним надзором жена. Међутим, у случајевима када су породице притворене или интерниране, оне ће, кад год је то могуће, бити држане на истом месту и смештене као породичне заједнице⁷⁹.

Четврта конвенција захтева да се, увек када буде потребно, као изузетна и привремена мера, да интерниране жене које не припадају једној породичној заједници буду смештене у исто место за интернирање као и мушкарци, њима обавезно обезбеде одвојене спаваонице и посебни санитарни уређаји⁸⁰. Из истих разлога интернирану жену може да претресе само женска особа⁸¹.

Начело посебног поступања примењује се и приликом дисциплинског кажњавања интернираних жена. Четврта конвенција на општи начин предвиђа да се код изрицања дисциплинских казни мора водити рачуна о старости, полу и здравственом стању интернираних лица⁸². Интерниране жене које издржавају дисциплинске казне држаће се у просторијама одвојеним од оних у којима су мушкарци и биће стављене под непосредни надзор жена. Ово посебно правило примењује се и на оптужене жене које се налазе у притвору или на издржавању кривичне санкције на коју су осуђене⁸³. У коментару ових одредаба наглашава се да ништа не спречава силу под чијом се влашћу интернирана лица налазе да за жене успостави мање строжији и погоднији систем издржавања казни од оног који се

78 Чл. 79-82 Четврте конвенције. Више о томе: З.Радивојевић, Заштита цивилног становништва од последица непријатељстава у међународном хуманитарном праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2013, бр.65, стр.141-142.

79 Чл. 75, став 5 Првог протокола.

80 Чл. 85, став 4 Четврте конвенције.

81 Чл. 97, став 4.

82 Чл. 119, став 2,

83 Чл. 124, став 3 Четврте конвенције и чл. 75, став 5 Првог протокола.

примењује на мушкарце⁸⁴. Такав различити третман полова није супротан општем начелу забране дискриминације⁸⁵.

Слична правила о заштити интернираних и притворених жена предвиђа Други протокол. У немеђународним оружаним сукобима оне ће, такође, бити држане у одвојеним одељењима од одељења за мушкарце и бити под непосредним надзором жена, осим када су мушкарци и жене из једне породице смештени заједно. Међутим, Други протокол налаже да ово правило морају поштовати они који су одговорни за интернирање или притварање у границама својих могућности. Уколико, пак, није могуће да се просторије потпуно одвоје, коментатори овог члана указују да се у сваком случају као минимум за жене морају обезбедити посебне спаваонице и хигијенски уређаји⁸⁶.

Правило да жене које су лишене слободе морају бити смештене у одвојеним просторијама од мушкараца, осим ако се породице смештају заједно, и да морају бити под непосредним надзором жена нашло је своје место у студији Међународног комитета Црвеног крста. Оно се сматра нормом обичајног међународног хуманитарног права која се примењује како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима⁸⁷.

Допунска заштита предвиђена је за интерниране бремените жене и мајке са малом децом која зависе од њих. Овим женама, као и у случају ратног заробљеништва, страна која их држи у власти мора обезбедити највећу предност при разматрању њихових случајева како би се омогућило да што брже буду ослобођене⁸⁸. Прописујући ову обавезу, аутори Првог протокола нису одредили узраст до кога се сматра да дете зависи од мајке. Четврта конвенција на више места штити мајке са децом млађом од 7 година, па се то може узети као горња старосна граница зависности детета од мајке⁸⁹.

Стране у сукобу треба да се постарају да још за време трајања непријатељстава закључе споразуме о ослобађању, репатријацији, враћању у место сталног становања и о смештају у неутралну земљу извесних категорија интернираних лица. Овде нарочито спадају бремените жене, мајке са одојчадима и малом децом⁹⁰. Закључење таквих споразума у

84 *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1958, p.494,

85 F.Krill, *op.cit.*, p.344.

86 M.Bothe, K.J.Patrisch, W.A.Solf, *Commentary on Two 1977 Protocols Additional to the Geneva conventions*, The Hague-Boston-London, 1982, p.645.

87 Видети коментар уз правило 119: J.M.Henckaerts, L.Doswald-Beck, *op.cit.*, pp.431-433.

88 Чл. 76, став 2 Првог протокола.

89 У овом смислу: F.Krill, *op.cit.*, p.346.

90 Чл. 132, став 2 Четврте конвенције.

Четвртој конвенцији није предвиђено као правна обавеза, већ је само препорука заснована на позитивним искуствима током Другог светског рата у погледу размене интернираних лица⁹¹.

Интерниране бремените жене и породиље имају право на додатак у храни у складу са њиховим потребама⁹². Циљ ове одредбе је да се избегну болести изазване недовољном исхраном које погађају не само ову категорију жена, већ остављају трајне последице на будуће генерације⁹³. С друге стране, како интернација није казна него привремена мера у интересу безбедности стране у сукобу, породиље које тешко оболе или чије здравствено стање захтева посебно лечење или хируршку интервенцију морају бити примљене у сваку стручну медицинску установу и добити негу као и остало становништво. Оне се, такође, не могу премештати у друго место интернирања уколико то путовање може лоше да утиче на њихово здравље, осим ако је то неопходно због њихове личне безбедности⁹⁴.

Четврта конвенција ништа не говори о примени смртне казне кад су у питању труднице и мајке са малом децом. Тај недостатак биће исправљен Допунским протоколима, пошто је у међувремену усвојени Међународни пакт о грађанским и политичким правима предвидео да се смртна казна не сме извршити над бременитим женама⁹⁵. Инспириран овом одредбом, Први протокол изричито одређује да се смртна казна за повреде у вези са оружаним сукобима неће извршавати над трудницама или мајкама са малом децом која зависе од њих⁹⁶. Други протокол, такође, прописује да у се смртна казна неће извршавати над трудницама, али и над мајкама са малом децом⁹⁷.

Творци протокола, међутим, нису успели да апсолутно забране изрицање смртне казне овим женама. Оцењено је да би уношење овакве забране у међународно хуманитарно право било у супротности са посебним одредбама које садрже национална кривична законодавства одређеног броја држава⁹⁸. Усвојена је само препорука да стране у сукобу у највећој могућој мери настоје да избегавају изрицање смртне казне овој категорији жена.

91 *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1958, pp.510-514.

92 Чл. 89, став 5 Четврте конвенције.

93 *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1958, p.395.

94 Чл. 91, став 2 и чл. 127, став 3 Четврте конвенције

95 Чл. 6, став 5 Пакта.

96 Чл. 76, став 3 Првог протокола

97 Чл. 6, став 4 Другог протокола.

98 M.Bothe, K.J.Patrisch, W.A.Solf, *op.cit.*, pp.472-473.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Protection of Women in International Humanitarian Law

Summary

The rules of international humanitarian law which protect women in armed conflicts could be classified into several basic groups. The first set of rules includes those that establish the basic principles for the protection of women. International humanitarian law applies the principle that women must be treated equally and without any adverse distinction. The prohibition of gender-based discrimination is supplemented by the principle of differential treatment of women as related to men in situations where it is necessary to observe and address their distinctive gender-specific needs.

The second set of provisions includes rules on the protection of women combatants who are members of the armed forces. Women combatants have the same rights, duties, responsibilities and protection as men who enjoy the status of combatants, including equal protection as prisoners of war (in case they fall under the power of the enemy). In terms of treatment during captivity, there are a number of special rules that provide for further protection of women prisoners of war and refer to some specific issues, such as: housing, hygiene, labor, criminal and disciplinary sanctions, conditions for the execution of sentences, the possibility of direct repatriation and placement in a neutral country.

The third set of rules provides special protection to women who have a civilian status in armed conflicts. As the most substantial part of the civilian population, women enjoy dual protection in international humanitarian law. Firstly, they are protected from the effects of hostilities and, secondly, against all forms of abuse and prohibited practices by the Detaining Power. The two types of protection are based both on the general rules applicable to all civilians and on the special rules that apply only to women.

Keywords: women, international humanitarian law, protection, prohibition of adverse distinction, special treatment, combatants, prisoners of war, civilians, consequences of hostilities, prohibited actions.

ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: После дугог историјског развоја коначно је у другој половини 20. века успостављена нова, најмлађа грана казненог права – међународно кривично право. Три су основна појма ове гране права. То су: међународно кривично дело, одговорност и кривична санкција. О појму и садржини, те врстама међународних кривичних дела у правној теорији постоји више гледишта. Ипак, се под овим појмом подразумева друштвено опасно, противправно дело виног човека које је прописано као кривично дело и за чијег учиниоца је прописана одређена казна. Постоје две врсте међународних кривичних дела: у ужем смислу и у ширем смислу. Најзначајнија су међународна кривична дела у ужем смислу (права или чиста) која су управљена на повреду или угрожавање универзалних, општецивилизацијских вредности – међународног права и човечности. У раду аутор разматра појам, карактеристике и врсте одговорности за кривична дела у међународном кривичном праву.

Кључне речи: међународни правни акти, међународно кривично право, кривично дело, одговорност, суд.

Увод

У међународном кривичном праву¹, данас, је опште прихваћено начело индивидуалне (личне) кривичне одговорности пунолетног физичког лица за учињено кривично дело којим се крше норме међународног права. Но, у теорији је остало спорно да ли за учињена међународна кривична дела треба да одговарају и друга лица: нпр. правно лице или држава (као колективитет). То питање изгледа оправдано јер се најчешће међународна кривична дела и врше за време рата, оружаног сукоба или окупације који се управо предузимају у име и за рачун неке државе.

1 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011. године, стр. 67-79.

Стога се у теорији и праксе све чешће разматра и питање политичке и грађанске, а све више и кривичне одговорности државе за међународна кривична дела, поред одговорности појединаца. Наиме, постојање политичке и грађанске одговорности државе произилази из незаконитог деловања њених органа². Такође, свака држава у међународној заједници данас има одређене обавезе чије кршење повлачи за собом и одређени вид одговорности, односно кажњивости применом специфичних врста санкција као што су: накнада штете, економске санкције, међународна осуда, па чак и војна или хуманитарна интервенција и сл.

Но, у правној теорији се истиче низ разлога који оправдавају увођење кривичне одговорности државе за међународна кривична дела³. Тако се сматра да држава, као и лица која делују у њено име сnose кривичну одговорност за тешке повреде међународног права које се с обзиром на њихову тежину, свирепост и ниподаштавање људског живота сврставају у категорију кривичних дела према општем схватању права просвећених држава. Стога се не може допустити да држава остане некажњена за најтеже облике међународних злочина јер се у државе удружују појединци и на тај начин неизмерно повећавају могућности за наношење зла⁴.

1. Одговорност државе

У правној теорији се истиче да је логично и оправдано да поред појединаца за најтеже злочине којим се крше норме међународног права, као што су злочини против мира, геноцид и злочини против човечности, треба да одговарају и државе. У противном не би могла да се оствари сврха кривичних санкција – односно циљеви репресије не би могли да буду остварени будући да у некажњеној држави постоји реална опасност од рецидивизма⁵. Коначно, као разлози који би оправдавали увођење кривичне одговорности државе за међународна кривична дела истиче се и чињеница да светски мир и безбедност човечанства уопште својим ставовима и активностима, у првом реду, угрожавају саме државе, а не појединци⁶. То

2 Miodrag Simović, Milan Blagojević, Vladimir Simović, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2013. godine, str. 178-183.

3 А.Н.Трајнин, *Кривична одговорност хитлероваца*, Београд, 1948. године, стр.78-103.

4 Милан Марковић, *Питање одговорности за злочине против човечности као повреде најбитнијих људских права*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1968. године, стр.545-550.

5 Драго Радуловић, *Међународно кривично право*, Подгорица, 1999. године, стр. 91.

6 Љубиша Јовановић, *Кривична одговорност појединца у међународном праву*, Преглед, Сарајево, број 1-2/1962. године, стр.67-85.

угрожавање мира произилази из моћи државе, па мере којима се настоји спречити и сузбити криминалитет у међународним односима које би само погађале појединце, не би довеле до жељеног резултата⁷.

Ипак, и поред бројних разлога који би оправдавали одговорност државе у међународном кривичном праву, ипак на данашњем степену развоја друштвене заједнице, такав облик одговорности није прихваћен. На основу старе римске максиме: *societas delinquere non potest*, прихваћено је схватање да правно лице – дакле држава, не може да буде субјект (учинилац) кривичног дела, па ни да буде кривично одговорна. Да би држава могла уопште да буде кривично одговорна, потребно је утврдити њену виност (кривицу) што је немогуће. Стога је чак и у Нирнбершкој пресуди прихваћено да су учиниоци међународних кривичних дела само људи, а не апстрактна бића, где спада и држава⁸. Овакво схватање је прихваћено и у свим статутима *ad hoc* Хашког трибунала и Трибунала за Руанду, као и у Римском статуту.

2. Одговорност физичког лица

Кривична одговорност појединаца⁹, као физичких лица у међународном кривичном праву, представља скуп субјективних околности које одређују психичко стање учиниоца и његов психички однос према учињеном међународном кривичном делу. То су околности које ово лице карактеришу као урачунљиво и вино. Дакле, кривична одговорност и у међународном кривичном праву је састављена из три елемента (члан 25. став 1. Римског статута). То су: а) узраст од 18 година, б) урачунљивост и в) виност (кривица)¹⁰. Ови елементи кривичне одговорности се у сваком конкретном случају извршења међународног кривичног дела утврђују према времену предузимања радње. Као такви, они представљају основу субјективне и личне кривичне одговорности. А та одговорност је претпоставка за примену казне према учиниоцу међународних кривичних дела¹¹.

Римски статут даље у члану 27. прописује да се он примењује једнако на сва лица без разлике у њиховом службеном положају. Посебно, својство службеног лица, шефа државе или владе, члана владе или парламента,

7 Владан Василијевић, Међународни кривични суд, Београд, 1961. године, стр. 149.

8 Милан Бартош, Међународно јавно право, Београд, 1954. године, стр. 304-311.

9 Slobodan Milenković, *Socijalistička doktrina i suverenitet pojedinca u međunarodnom pravu*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 1978. године, стр. 119-225.

10 Љубиша Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2005. године, стр. 67-71.

11 Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр. 154-157.

изабраног представника или владног службеника ниуком случају не изузима то лице од кривичне одговорности, нити само по себи представља основ за блаже кажњавање. Стога ни имунитети, по основу националног или међународног права (према Бечкој конвенцији), не представљају сметњу да се успостави надлежност међународног кривичног суда¹².

Урачунљивост представља скуп субјективних интелектуалних (свесних) и вољних (волунтаристичких) елемената који чине учиниоца међународног кривичног дела способним да расуђује (да схвати значај свога дела) и да одлучује (да управља) о својим поступцима. Она је основа (база) виности и значи општу претходну способност лица да одговара за учињено међународно кривично дело. Но, та урачунљивост може бити искључена или умањена у већем или мањем степену, зависно од постојања одређених душевних поремећености и њиховог дејства на психолошке способности учиниоца дела. У оквиру душевних поремећености које су правно релевантне разликују се: а) трајно или привремено душевно обољење, б) привремена душевна поремећеност и в) заосталост душевног развоја.

У случају да је код учиниоца међународног кривичног дела у време извршења дела утврђено постојање урачунљивости, као основ за примену казне, треба утврдити и постојање његове кривице. Кривица је психички однос учиниоца према извршеном међународном кривичном делу као свом остварењу. Она постоји када је учинилац свестан радње, последице и узрочног односа између њих, као и свих обележја бића извршеног кривичног дела. Зависно од облика свести и воље који се јављају на страни личности учиниоца у теорији кривичног права се разликују два облика кривице. То су¹³: а) умишљај и б) нехат. У члану 30. Римски Статут Међународног кривичног суда одређује психички елеманат у оквиру индивидуалне кривичне одговорности (која је постављена у члану 25. Статута), па каже да кривична одговорност постоји ако је дело извршено "са намером и свесно". То значи да на страни учиниоца дела постоји свест, сазнање о околностима дела или да ће се у очекиваном редоследу догађаја појавити последица дела.

Из овакве одредбе произилази да Римски статут познаје само умишљај као облик кривице учиниоца међународног кривичног дела. При томе се у оквиру института командне одговорности дозвољава постојање нехата на страни надређеног војног или цивилног лица за кривична дела која су учинила њима подређена лица (лица под њиховом контролом

12 Borislav Petrović, Dragan Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010. godine, str. 59-63.

13 Драган Јовашевић, *Кривично право*, Општи део, оп.цит., стр. 485-487.

или надзором). Умишљај (dolus) чине два основна елемента¹⁴. То су: а) свест, сазнање о учињеном кривичном делу, односно о свим његовим обележјима бића и б) воља, хтење да се проузрокује предвиђена последица дела. Највећи број међународних кривичних дела се управо извршава са умишљајем као обликом кривице учиниоца. Но, тај умишљај се код неких међународних кривичних дела јавља у ужем смислу и то као директни (или специјални) умишљај. Ову врсту умишљаја квалификује намера учиниоца као највиши облик свесне и вољне управљености радње учиниоца на проузроковање последице.

И на крају треба рећи, да је Римски статут изричито као претпоставку за постојање кривичне одговорности учиниоца међународног кривичног дела поред урачунљивости и виности одредио и узраст учиниоца (старост од 18 година) у време предузимања радње кривичног дела.

3. Командна одговорност¹⁵

И у међународном кривичном праву субјективна кривична одговорност (заснована на узрасту, урачунљивости и кривици) представља претпоставку за примену казни према учиниоцима међународних кривичних дела. То је лична, субјективна одговорност која искључује кривичну одговорност за другог (или објективну одговорност). Надлежни међународни кривични суд мора у сваком конкретном случају да утврди све психичке (свесне и вољне) елементе на страни учиниоца дела (извршиоца и саучесника) у време предузимања радње извршења дела имајући у виду све изведене личне и материјалне доказе. То је правило.

Но, због природе и карактера међународних кривичних дела¹⁶, поред субјективне кривичне одговорности, постоји још један основ за кажњавање учинилаца таквих дела¹⁷. То је командна одговорност или одговорност надређеног (superior responsibility), одговорност за радње потчињеног (responsability for conduct of subordinates), посредна одговорност надређеног (indirect superior responsibility), одговорност за пропусте да се делује

14 Borisлав Petrović, Dragan Jovašević, Krivično (kazнено) право Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 223-232.

15 Бора Чејовић, Међународно кривично право и командна одговорност, Зборник радова, Релевантна питања међународног кривичног права, Тара, 2003. године, стр.113-131.

16 Драган Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010. године, стр.67-79.

17 Branko Lukšić, Genocide and command responsibility, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, broj 4/2001. godine, str. 283-291.

(responsability for failure to act) или одговорност команданта за радње потчињених (liability of a commander for the acts of his subordinates)¹⁸. Ова врста кривичне одговорности је данас предвиђена у члану 28. Римског статута¹⁹.

3.1. Историјски развој командне одговорности

Први трагови постојања командне одговорности као посебне врсте кривичне одговорности – одговорности *sui generis* - налазе се још 1439. године када је француски краљ Шарл VII из Орлеана издао наређење према коме је "сваки заповедник или његов заменик одговоран за злоупотребе, злодела или преступе који су учињени од стране припадника његове јединице". Први писани међународни правни извор²⁰ који је предвиђао обавезе (али и одговорности) војних команданата за поступке (чињења и нечињења) својих потчињених је Хашка конвенција из 1907. године. У Додатку број 4. у одредби члана 1. изричито је прописано да милиција или добровољачка јединица морају на свом челу да имају лице које је одговорно за поступке потчињених, ако жели да има статус пуноправно зарађене стране, као и да ужива правну заштиту коју овој ратујућој страни пружа управо хашко право. Штавише Хашка конвенција је у члану 43. предвидела дужност команданта да предузме све неопходно потребне мере које су у његовој моћи како би поново успоставио и обезбедио у што већој мери ред и јавну безбедност, као и важеће право на окупираној територији.

Даљи развој командне одговорности²¹ у теорији и пракси међународног кривичног права везан је за случај када је Војна комисија САД 1945. године

18 Ivan Brkić, *Zapovjedna kaznena odgovornost i načelo zakonitosti u međunarodnom kaznenom pravu*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj.8/2001.godine, str. 80-82.

19 Željko Burić, *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 11/2004. godine, str. 75-79.

20 Franjo Bačić, *Zapovjedna odgovornost (posebno sa osvrtom na ratne zločine prema ženevskim humanitarnim konvencijama)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2001. godine, str. 139-146.

21 У погледу правне природе командне одговорности у правној теорији данас још увек нема јединственог схватања. Тако се према једном схватању које потиче из англосаксонског правног система сматра да је командна одговорност облик одговорности за злочин другог лица – подређеног. Ово схватање је усвојено и у пракси Хашког трибунала, односно Трибунала за Руанду. Према другом схватању командна одговорност постоји као одговорност за посебан злочин, различит од злочина потчињеног лица. Овде се, заправо, ради о одговорности за кривично дело нечињења, односно пропуштања дужног надзора од стране команданта. (Миодраг Мајић, *Командна одговорност*, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд, број 1-2/2000. године, стр. 225-240).

оптужила генерала Томојуки Јамашиту, команданта јапанских снага на Филипинима, за злочине извршене на Далеком истоку "будући да су злочини били толико распрострањени да је Јамашита морао за њих знати, али је занемарио и пропустио да испуни своју дужност као команданта - да надзире деловање своје војске дозвољавајући јој да изврши тешке злочине и прекрши законе рата". На судском процесу генерал Јамашита је оглашен кривим и осуђен на казну смрти. У националним законодавствима одговорност команданата за своје потчињене је први пут унета у Теренско упутство копнене војске САД из 1956. године (тачка 501. изричитопредвиђа одговорност за радње потчињених)²².

Исту врсту одговорности – одговорност за поступке потчињених – познавало је и раније југословенско Упутство о примени правила међународног ратног права у оружаним снагама СФРЈ из 1988. године²³ које у члану 21. наводи више облика одговорности за поступке потчињеног: 1) командант је лично одговоран за кршење ратних закона уколико је знао или могао знати да се јединице или појединци који су му потчињени припремају да крше те законе, а не предузме мере да спречи њихово кршење, 2) командант је лично одговоран ако зна да је до кршења ратних закона већ дошло, а не оптужи лица која су одговорна за та кршења закона, 3) командант који није овлашћен да оптужи таква лица, а није их пријавио надлежном војном команданту, такође је лично одговоран и 4) командант је одговоран као учесник или подстрекач уколико непредузимањем мера против лица које крши ратне законе дозволи јединицама које су му потчињене да и даље врше таква дела.

Потом је Први Допунски протокол уз Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977.године²⁴ говорио о командној одговорности у члану 86. став 2. Према овој одредби чињеница да је кривично дело које представља повреду ових конвенција учинио потчињени не ослобађа његове старешине кривичне или дисциплинске одговорности под условима²⁵: а) уколико су они знали или су имали информације које су им омогућавале да закључе под околностима које су владале у то време да је потчињени извршио или да ће извршити

22 Александар Игњатовић, Командна одговорност у међународном и кривичном праву, Београд, 1995. године, стр.57-59.

23 Службени војни лист број 10/88.

24 Женевске конвенције и допунски протоколи, Збирка докумената, ЈЦК, Београд, 1997. године, стр.227.

25 Davor Derenčinović, Kritički o institutu zapovjedne kaznene odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 1/2000. godine, str. 23-44.

такву повреду и б) ако нису предузели све могуће мере у границама своје могућности да спрече или сузбију такво дело.

Статут Хашког трибунала у члану 7. став 3. предвиђа командну одговорност²⁶. Наиме, учињено међународно кривично дело не ослобађа од одговорности како његовог учиниоца, тако и његовог претпостављеног ако је знао или могао да зна да је тај потчињени имао везе за извршењем таквог дела или га је извршио, а претпостављени је пропустио неопходне и разумне мере да спречи извршење таквог дела или пак да казни његове извршиоце. На идентичан начин командну одговорност предвиђа и Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду у члану 6. став 3²⁷.

У свим наведеним изворима међународног кривичног права јасно се указује да командна одговорност не представља вид објективне одговорности за учињено кривично дело. Наиме, овде се ради о кривичној одговорности која има двојаки карактер и то: а) одговорност за нечињење и б) одговорности из нехата. Тако војни старешина или други претпостављени не може одговарати за учињено кривично дело свог потчињеног самом чињеницом да је он био "претпостављени свом подређеном као непосредном извршиоцу кривичног дела", већ у сваком конкретном случају треба доказати да је он знао или је пак с обзиром на околности случаја могао да зна да се припрема извршење неког међународног кривичног дела или да је такво кривично дело извршено, а да при томе он сам није учинио оно што је било у његовој моћи да спречи извршење таквог дела или пак што није спровео одговарајући поступак пошто је сазнао за извршење таквог кривичног дела.

3.2. Командна одговорност у Римском статуту

Римски статут Међународног кривичног суда у члану 28. разматра одговорност командујућих и других претпостављених лица. Тако је војни заповедник или лице које поступа у том својству кривично одговорно за међународна кривична дела која су извршиле снаге под његовом командом

26 Оптужена особа је индивидуално одговорна уколико су он или она стварно знали или су имали разлог да знају кроз извештаје оптуженој особи или кроз друге начине да су се трупе или друге особе под његовом или њеном контролом спремале да учине или су учиниле такве прекршаје, а оптужена особа је пропустила да подузме неопходно потребне и разумне кораке да спречи такве прекршаје (пресуда Међународног трибунала за бившу Југославију у предмету ИТ-96-21Т од 6. новембра 1998. године).

27 Davor Derenčinović, Nekoliko komentara uz primjenu instituta zapovjedne odgovornosti u praksi međunarodnih kaznenih tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2007. godine, str. 213-229.

и контролом због његове грешке у спровођењу контроле над тим снагама²⁸: а) када је знао или захваљујући околностима требало да зна да његове снаге извршавају или да су спремне да започну са извршавањем таквог злочина или б) када није предузео све неопходне и разумне мере у својој могућности да спречи извршење тих злочина или да преда ствар властима надлежним за вођење кривичног поступка.

Такође претпостављено лице ће бити кривично одговорно за кривична дела која су извршили његови потчињени под његовом ефективном контролом који су последица његове грешке у спровођењу контроле над тим потчињенима у следећим случајевима: а) када је претпостављени знао или свесно занемарио информације које јасно указују да потчињени извршавају или се спремају да изврше такве злочине, б) када је кривична активност била под ефективном контролом и одговорношћу претпостављеног и в) када је надлежни орган пропустио да предузме све неопходне и разумне мере у његовој могућности да спречи извршење злочина или да преда ствар властима надлежним за вођење кривичног поступка.

Према схватањима заступаним у правној теорији за постојање командне одговорности потребно је кумулативно испуњење више услова²⁹: 1) да је појединац или чак читава јединица, који су потчињени одређеном војном старешини или политичкој личности у државној хијерархији, извршили међународно кривично дело из надлежности сталног Међународног кривичног суда у Хагу, 2) да је потчињени (непосредни извршилац кривичног дела) у време предузимања радње био под ефективном контролом претпостављеног (надређеног), односно да је претпостављени имао фактичку власт над потчињеним, 3) да претпостављени није наредио извршење међународног кривичног дела и да није у њему учествовао као саизвршилац или саучесник, 4) да је претпостављени знао или је бар према околностима случаја могао да зна да се потчињени спрема да изврши или да је пак извршио међународно кривично дело и 5) да претпостављени није предузео неопходно потребне и разумне мере³⁰ које су у његовој моћи да спречи извршење међународног кривичног дела или ако је то дело учињено, против његовог учиниоца није покренуо кривични поступак.

28 Petar Novoselec, *Temeljne crte novele Kaznenog zakona (Zapovjedna odgovornost)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2003. godine, str. 258-287.

29 Davor Derenčinović, *Implementacija materijalno-pravnih odredaba Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2003. godine, str. 897-902.

30 Овде се ради о специфичном облику нечињења – непредузимању неопходно потребних и разумних мера према непосредном извршиоцу међународних кривичних дела. (Alen Ashwort, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999. godine, str. 113).

3.3. Командна одговорност у праву Републике Србије

Правни систем у Републици Србији чврсто стоји на становишту да основ за примену казни и других кривичних санкција представља кривична одговорност као лична (индивидуална) и субјективна одговорност извршиоца дела или саучесника. Но, поред субјективне одговорности, Кривични законик из 2005. године познаје и институт командне одговорности. Наиме, командна одговорност као вид "објективне" одговорности може бити примењивана и од стране домаћих судских органа у кривичним поступцима према учиниоцима одређених кривичних дела из главе тридесет четири под називом: "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом"³¹. У члану 384. Кривични законик предвиђа посебно кривично дело под називом: "Неспречавање вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом" којим инкриминише "командну одговорност"³². Практично овом је законском одредбом утврђено биће посебног међународног кривичног дела нечињења. Ово дело има више облика испољавања.

У овој законској одредби је предвиђен посебан облик кривичне одговорности за лице које не предузме неопходно потребне мере да спречи извршење следећих кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом: 1) геноцида, 2) злочина против човечности, 3) ратног злочина против цивилног становништва, 4) ратног злочина против рањеника и болесника, 5) ратног злочина против ратних заробљеника, 6) употреба недозвољених средстава борбе, 7) противправно убијање и рањавање непријатеља, 8) противправно одузимање ствари од убијених, 9) повреда парламентарара, 10) сурово поступање с рањеницима, болесницима и ратним заробљеницима и 11) уништавање културних добара. Ради се о делатностима које представљају припремање или извршење ових најтежих кривичних дела данашњице³³.

Први облик овог кривичног дела чини војни заповедник или лице које фактички врши ову функцију. То је дакле дело са специјалним субјектом – *delicta propria*. За постојање овог дела је битно испуњење три елемента. То су: а) да учинилац дела има знање, свест о припремама других лица или њиховом непосредном вршењу наведених међународних кривичних

31 Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, 2000. године, стр. 518.

32 Командна одговорност у међународном и домаћем праву, Зборник радова, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2003. године, стр.34-91.

33 Драган Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2014. године, стр. 278-286.

дела, б) да међународна кривична дела врше лица која улазе у састав снага којима учинилац дела командује или које контролише и в) да учинилац дела није предузео (дакле да их је пропустио да учини) мере које је могао и које је био дужан да предузме за спречавање извршења наведених међународних кривичних дела и да услед тога управо и дође до њиховог извршења. За ово кривично дело је прописана казна затвора којом се иначе кажњава и непосредни извршилац тог дела.

Други облик кривичног дела из члана 384. КЗ РС је везан за пропусте других претпостављених лица услед чега је дошло до извршења наведених међународних кривичних дела. За постојање овог дела је битно испуњење три елемента. То су: а) да учинилац дела има знање, свест о припремама других лица или о започињању непосредног вршења наведених међународних кривичних дела, б) да међународна кривична дела врше учиниоцу дела потчињена лица, и то управо она лица којима је он у вршењу послова претпостављени и в) да учинилац дела није предузео (дакле да их је пропустио да учини) мере које је могао и које је био дужан да предузме за спречавање извршења наведених међународних кривичних дела и да услед тога управо и дође до њиховог извршења. За ово кривично дело је прописана казна затвора којом се иначе кажњава и непосредни извршилац тог дела.

У случају да је неко од ова два облика кривична дела извршено са нехатом као обликом кривице, тада је прописана казна затвора од шест месеци до пет година.

4. Заједнички злочиначки подухват

У теорији, али још више у пракси у последње време приликом разматрања основа кривичне одговорности за међународна кривична дела све чешће се разматра посебан облик одговорности који се назива: заједнички злочиначки подухват³⁴ (common criminal design), заједнички циљ (common purpose)³⁵ или удружени злочиначки подухват (joint criminal enterprise). У основи ових схватања налази се чињеница да највећи број међународних

34 Овај појам је творевина енглеског права XIV века одакле се развио у америчком кривичном праву, посебно у вези са организованим криминалитетом. У основи његовог постојања јесте потреба да се олакша доказивање извршења тешких кривичних дела, чиме се проширује круг учинилаца и на лица која се иначе не би могла сматрати "учиниоцем" таквог кривичног дела и коначно на овај начин се ствара нови облик заједничке колективне кривице.

35 Сматра се да је овај институт први пут Хашки трибунал увео у жалбеној пресуди у случају Тадић 1999. године.

кривичних дела није резултат делатности, па ни одлуке само једног лица. Ради се, заправо, о ситуацијама када су међународна кривична дела настала као резултат, последица заједничког деловања више лица, како оних лица која ова дела непосредно извршавају, тако и лица која су инспирисала, планирала или на други начин омогућила извршиоцима непосредно извршење ових кривичних дела. Применом овог основа кривичне одговорности у међународном кривичном праву за међународно кривично дело се сматрају одговорним и сва лица која су припадници групе која делују са "заједнички одређеним циљем"³⁶.

Тако се према пракси Хашког трибунала (случај Тадић)³⁷ сматра да заједнички злочиначки циљ постоји ако су испуњени следећи конститутивни (објективни) елементи³⁸: 1) постојање више лица³⁹ међу којима постоји одређени степен повезаности. Та повезаност не мора да значи постојање и чврсте организације у виду војне, полицијске, политичке или управне структуре, али се подразумева постојање одређеног вида заједничког деловања, 2) постојање заједничког пројекта, плана, замисли или циља који претпоставља извршење међународног кривичног дела⁴⁰. При томе није неопходно да план или циљ буду претходно чврсто договорени или формулисани, већ они могу да буду и "импровизовани", па чак и "усвојени на лицу места" од стране лица која заједнички делују и 3) учествовање извршиоца међународног кривичног дела у оваквом заједнички формулисаном плану (допринос учиниоца). То учешће не мора да буде манифестовано непосредним извршењем кривичног дела, већ је довољно да се радња извршиоца састоји и у самој помоћи, омогућавању или неком другом доприносу у процесу извршења заједничког плана или циља.

36 Mirjan Damaška, *Boljke zajedničkog zločinačkog poduhvata*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 1/2005. godine, str. 3-11.

37 Институт заједничког злочиначког подухвата је више пута коришћен у: 1) пракси Хашког трибунала: пресуда 00-39-Т (случај Крајишник), пресуда 98-32 (случај Васиљевић), пресуда 95-14 (случај Блашкић) и пресуда 98-33 (случај Крстић), 2) пракси трибунала за Руанду: пресуда 96-17 (случај Накирутимана) и 3) пракси Посебног већа за Источни Тимор кроз пресуде у предметима: Переира, Домингос де Деус и Кардосо).

38 Davor Krpac, *Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije*, Zagreb, 1995. godine, str. 14-28.

39 За постојање више лица у смислу заједничког злочиначког подухвата довољно је учешће и мањег броја лица на остварењу одређених злочина на ограниченој територији. Ова лица се морају међусобно познавати, она делују заједнички и имају сагласност о вршењу кривичних дела.

40 Kai Ambros, *Joint criminal enterprise and Command responsibility*, Journal of International Criminal Justice, broj 5/2007. godine, str. 159-183.

Заједнички злочиначки подухват познаје и Римски статут Међународног кривичног суда у члану 25. став 3. тачка д. Према овом решењу за међународно кривично дело ће одговарати и лице које на било који други начин доприноси извршењу или покушају извршења злочина од стране групе лица са заједничким циљем⁴¹. Такав допринос ће бити окарактерисан као намеран и сматраће се⁴²: а) да је учињен са циљем продужавања криминалне активности или циља те групе када активност и циљ те групе укључује чињење злочина из надлежности суда или б) да је учињен са знањем о намерама групе да изврши злочин.

Заједнички злочиначки подухват се може јавити у три облика. То су:

1) одговорност свих чланова групе који делујући у складу са заједничким циљем поседују исту заједничку намеру да изврше одређено међународно кривично дело. У том случају сва лица не морају предузети и непосредну радњу извршења неког кривичног дела, али ће се и они сматрати извршиоцем ако је неко од њих добровољно учествовао у једном аспекту заједничког плана при чему је желео као резултат заједничког деловања извршење конкретног међународног кривичног дела,

2) одговорност за "концентрационе логоре"⁴³ где се као извршиоци овакве врсте међународног кривичног дела сматрају и сва лица на високим положајима унутар логора у којима су учињена ова кривична дела иако непосредно у самом извршењу неког од ових дела нису ни учествовали. За постојање овог облика одговорности потребно је да су испуњени и следећи услови: а) постојање организованог система злостављања затворених лица који укључује и извршење неког од међународних кривичних дела, б) свест лица о природи овог система злостављања и в) чињеница да је лице охрабривало, помагало, подржавало или у неком другом случају

41 Институт заједничког злочиначког подухвата у великој мери одступа од традиционалног, континенталног система кривичног права. Њему се приписују следећи недостаци: 1) на овај начин се приписује кривица и лицу које није имало намеру (свест и вољу) којом се оправдава стварање кривице, 2) намеће се једном лицу кривица за предвидиве радње другог лица (без јасног ослоња), 3) неосновано се изједначавају битно различита поступања лица у процесу извршења кривичног дела, 4) налази се у нескладу са начелом законитости и 5) посебно је спорно постојање овог института у домену доклазивања када се отвара могућност кажњавања и невиних лица.

42 Миодраг Старчевић, Извори међународног хуманитарног права, Београд, 2002. године, стр. 604.

43 У пракси Хашког трибунала сматра се да заједнички план у овом облику постоји у следећим случајевима: а) дуготрајно и рутинско затварање и заточење припадника друге нације, б) поновљено мучење и батињање заточених лица, в) убиство заточених лица, г) чест и дуготрајан присиљан рад заточених лица и д) одржавање нехуманих услова у заточеничком објекту.

учествовало у остварењу заједничког злочиначког циља на тај начин што је имао овлашћење и могућност да надзире затворена лица и да њихов живот учине подношљивим и задовољавајућим, а да то није учинило и

3) одговорност за међународно кривично дело, које иако излази из оквира заједничког злочиначког циља, представља његову природну и предвидиву последицу. То је тзв. "проширени" заједнички злочиначки подухват.

Закључак

Настало у оквиру и под окриљем међународног ратног (и хуманитарног) права, међународно кривично право је почетком трећег миленијума стекло "право грађанства" као најмлађа кривичноправна дисциплина. Ступањем на снагу Римског статута Међународног кривичног суда, коначно је инаугурисана ова грана права у материјалном, процесном и извршном смислу. Но, и пре тога, кроз низ парцијалних међународних правних аката (универалног или регионалног карактера) или уговора међу појединим државама као и кроз судску праксу (у првом реду нирнбершког и токијског суда) стасавала је ова грана права кроз изградњу основних кривичноправних појмова и института.

То су: 1) међународно кривично дело (које се разликује од кривичног дела са елементом иностраности), а које може да се јави у два вида: као дело у ужем смислу (право) и дело у ширем смислу (неправо или мештовито), 2) кривична одговорност (чија је претпоставка навршених 18 година живота учиниоца дела при чему се на страни учиниоца може јавити једно (и чести више лица, а понекад и правно лице – организација па чак и читава држава) и 3) систем кривичних санкција – казни које изричу наднационални судски органи. Управо о овим основним појмовима и институтима међународног кривичног права говори и овај рад.

Због природе, карактера и опасности извршених међународних кривичних дела, ова грана права познаје поред индивидуалне кривичне одговорности и посебне облике објективизиране одговорности: а) одговорност политички и војно надређених лица и б) заједнички злочиначки подухват, од којих само први институт познаје Кривични законик Републике Србије из 2005. године.

Литература

1. Ambros, Kai, Joint criminal enterprise and Command responsibility, *Journal of International Criminal Justice*, broj 5/2007.

2. Ashwort, Alen, Principles of Criminal Law, Oxford, 1999.
3. Бартош, Милан, Међународно јавно право, Београд, 1954.
4. Ваћић, Франјо, Заповједна одговорност (posebno sa osvrtom na ratne zločine prema ženevskim humanitarnim konvencijama), Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu, Zagreb, broj 2/2001.
5. Brkić, Ivan, Заповједна казнена одговорност и начело законитости у међународном казненом праву, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj.8/2001.
6. Burić, Željko, Заповједна одговорност, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 11/2004.
7. Василијевић, Владан, Међународни кривични суд, Београд, 1961.
8. Damaška, Mirjan, Boljke zajedničkog zločinačkog poduhvata, Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu, Zagreb, broj 1/2005.
9. Derenčinović, Davor, Kritički o institutu zapovjedne kaznene odgovornosti u међународном казненом праву, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 1/2000.
10. Derenčinović, Davor, Implementacija materijalnopравних одредаба Statuta Међународног казног суда (Rimski statut) u hrvatskom казненом законодавству, Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu, Zagreb, broj 2/2003.
11. Derenčinović, Davor, Nekoliko komentara uz primjenu instituta zapovjedne одговорности u пракси међународних казnenih tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2007.
12. Женевске конвенције и допунски протоколи, Збирка докумената, ЈЦК, Београд, 1997.
13. Игњатовић, Александар, Командна одговорност у међународном и кривичном праву, Београд, 1995.
14. Јовановић, Љубиша, Кривична одговорност појединца у међународном праву, Преглед, Сарајево, број 1-2/1962.
15. Јовашевић, Драган, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010.
16. Јовашевић, Драган, Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
17. Јовашевић, Драган, Међународно кривично право, Ниш, 2011.
18. Јовашевић, Драган, Кривично право, Посебни део, Београд, 2014.

19. Командна одговорност у међународном и домаћем праву, Зборник радова, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2003.
20. Крапас, Davor, Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije, Zagreb, 1995.
21. Лазаревић, Љубиша, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2005.
22. Лукшић, Branko, Genocide and command responsibility, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split, broj 4/2001.
23. Мајић, Миодраг, Командна одговорност, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд, број 1-2/2000.
24. Марковић, Милан, Питање одговорности за злочине против човечности као повреде најбитнијих људских права, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1968.
25. Milenković, Slobodan, Socijalistička doktrina i suverenitet pojedinca u međunarodnom pravu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 1978.
26. Novoselec, Petar, Temeljne crte novele Kaznenog zakona (Zapovjedna odgovornost), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2003.
27. Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005.
28. Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, Međunarodno krivično pravo, Sarajevo, 2010.
29. Радуловић, Драго, Међународно кривично право, Подгорица, 1999.
30. Simović, Miodrag, Blagojević, Milan, Simović, Vladimir, Međunarodno krivično pravo, Vanja Luka, 2013.
31. Службени војни лист број 10/88.
32. Старчевић, Миодраг, Извори међународног хуманитарног права, Београд, 2002.
33. Трајнин, А.Н., Кривична одговорност хитлероваца, Београд, 1948.
34. Triffterer, Otto, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge, 2000.
35. Чејовић, Бора, Међународно кривично право и командна одговорност, Зборник радова, Релевантна питања међународног кривичног права, Тара, 2003.

Dragan Jovašević,
Full professor
Faculty of law, University of Niš

Criminal Liability in International Criminal Law

Summary

After a long historical development, International Criminal Law was established in the second half of the 20th century, as the latest branch of criminal law. Given its legal nature and characteristics, it is somewhere between the national criminal law and international public law, but this area of law has preserved its independence and distinctive features. The basic and most important notion and institute in this branch of law is certainly the concept of international criminal offence. In the theory of law, there are several views on the concept and contents of an international criminal act. Generally, it can be concluded that this notion implies a socially dangerous, illegal act which has been committed by a specific offender, prescribed as a criminal offence and punishable in compliance with the prescribed criminal sanctions. Such a definition of an international criminal act includes its basic elements, which are as follows: 1) actus reus (including an act of an adult person that may have three forms: commission, non-performance and omission to act or provide due supervision), causation and effect; 2) social danger; 3) unlawfulness; 4) the act is prescribed and defined in legal provisions; and 5) the perpetrator's guilt (culpability).

There are two kinds of international criminal acts: international criminal acts in a narrow sense and international criminal acts in a broad sense. The most significant are certainly the international criminal acts in a narrow sense, which are aimed at violating or endangering the universal, general civilisation values embodied in international law and humanity; concurrently, these values are the subject matter of protection in international criminal acts. Apart from the concept of international criminal act, the legal theory also includes the concept of a foreign criminal act, which implies any criminal act with a foreign element. While these two notions largely coincide, there are also considerable differences between them. In this paper, the author analyses the notion, characteristics and forms of criminal liability in international criminal acts.

Keywords: international legal documents, international criminal law, criminal act, responsibility, criminal liability, court.

РЕДЕФИНИСАЊЕ ПОРЕСКИХ ОДНОСА

Апстракт: Аутор у раду даје кратак осврт на актуелне промене у пореским односима. Традиционални порески односи се због уношења одређених иновативних механизма постепено мењају што води модификацији њихове природе и понашања пореских субјеката. Развијене пореске администрације су данас више усмерене на превентивну функцију деловања у правцу подстицања добровољног плаћања пореза и смањења пореске евазије. Оне посебну пажњу посвећују реакцијама великих пореских обвезника и стварању атмосфере поверења и отворене комуникације кроз побољшане односе опорезивања. Остваривању тог циља треба да помогне реализација концепта „кооперативне пореске сагласности“, алтернативно решавање пореских спорова као и одговарајућа улога пореских саветника. Ради се о својеврсном експерименту са постепеном и прикривеном изменом природе традиционалних пореских односа у неку врсту „хибридних“ односа са елементима споразумевања без мењања, за сада, правних позиција његових субјеката. Уважавајући фискалне интересе великог броја савремених држава, оптерећених буџетским дефицитима и кризом јавног дуга, мора се указати и на опасности од коруптивног понашања и „сувишног приближавања“ пореских органа пореским обвезницима који се налазе у оквиру програма „кооперативне пореске сагласности“.

Кључне речи: побољшани порески односи, концепт „кооперативне пореске сагласности“, порески саветници.

1. Увод

У савременим пореским системима, суоченим са бројним изазовима, од пореских органа се очекује да са мање финансијских средстава остваре што боље резултате у погледу наплате пореза. У тим оквирима, њихово функционисање прате и модификације пореске процедуре са циљем постизања новог квалитета њиховог односа са пореским обвезницима.

Термини као што су кооперација, усклађивање интереса, побољшани односи, повећање пореске сагласности, треба да укажу на друкчију оријентацију у управљању пореским пословима у актуелним кризним условима. Подстицање добровољног плаћања пореза, уз избегавање непотребних трошкова и спорова, постаје основни захтев рада развијених пореских администрација. Овај нови приступ усмерен је, за сада, на понашање великих пореских обвезника (мултинационалних компанија) како би се спречило њихово агресивно пореско планирање и офшор евазија. Порескоправни однос са супротстављеним интересима његових субјеката, из превентивних разлога, требало би да прерасте у односе повећане комуникације, сарадње и разумевања. Стање финансијске кризе у коме се налазе бројне државе погодује покретању и прихватању оваквих иницијатива, са очекивањима да ће наићи на подршку пословног света. Не изненађује чињеница што процес ових промена започиње од великих пореских обвезника, имајући у виду њихов значајан финансијски потенцијал. У државама, које су прихватиле концепт пореске сагласности, остварени су резултати са променљивим успесима тако да се они могу означити као прва фаза у трансформисању традиционалних односа опорезивања.

Да бисмо разумели наведене промене потребно је да у анализи, најпре, пођемо од правне природе пореских односа. По самој својој суштини, то су класични управноправни односи са прецизно дефинисаним правима и обавезама њихових субјеката. Границе њиховог деловања уређене су законским путем и оне обележавају простор њихових активности у процесу опорезивања. Последњу деценију, у појединим развијеним пореским администрацијама почињу да се уносе одређене измене у погледу комуникације са великим пореским обвезницима. Основни циљ је стварање позитивне пореске климе у погледу извршавања пореских обавеза и смањења пореских тензија. Захтевање од обвезника да добровољно откривају податке о ризичним пореским позицијама покреће питање легитимности проширивања њихових обавеза без изричитог законског уређивања, односно да ли циљ оправдава средство.

У првом делу рада, објашњавају се неке актуелне иницијативе са циљем успостављања побољшаних односа опорезивања. Имајући у виду да су оне за сада усмерене, углавном, на велике пореске обвезнике, развијене пореске администрације укључују у овај процес пореске саветнике. Њиховој улози у развијању побољшаних односа опорезивања посвећен је други део рада. Достигнути ниво развоја пореских односа још увек је далеко од идеалних тако да су у неким пореским системима заживели алтернативни начини решавања пореских спорова, о чему се пише у трећем делу рада. Последњи

део рада посвећен је изазову коруптивног понашања субјеката пореског односа, које може да осујети остварење постављених циљева у правцу подстицања пореске сагласности.

2. Успостављање побољшаних односа опорезивања у правцу повећања пореске сагласности

У савременим пореским системима уочава се тренд превентивног деловања пореских администрација који има за циљ да спречи грешке у опорезивању пре него што до њих дође, што је повезано са бољим разумевањем понашања пореских обвезника. Неке развијеније пореске администрације укључиле су таква психолошка разматрања у центар њихових стратегија управљања пореском сагласношћу. Настојања су усмерена на ефикасније управљање пореским ризицима, посебно у категорији великих пореских обвезника. Захтеви у погледу достављања додатних чињеница треба да омогуће благовремену наплату тачног износа пореза. У суштини, тежи се ка успостављању „побољшаних“ односа опорезивања који би одговарали фискалним интересима државе али и савесним пореским обвезницима. Овакав нови модел понашања базира се на отворености и узајамном поверењу у пореској комуникацији. Стручњаци ОЕЦД сматрају да у овим односима постоји неки вид сразмере у погледу онога што порески субјекти очекују једни од других. Порески органи ће очекивати од пореских обвезника и њихових пореских саветника да буду потпуно транспарентни у међусобним контактима и да благовремено откривају све значајне пореске ризике. Што се тиче обвезника, они ће одлуку о откривању информација доносити процењујући њихову важност за подршку њихових пореских позиција, користећи такву могућност да се представе каоискоризичан профил. Њихова очекивања се односе на брзо и правично решавање њихових пореских ствари и без спорова. Порески органи морају да покажу спремност да ће испунити таква очекивања. Од њих се захтева боље разумевање пословних активности обвезника, непристрасан приступ, пропорционалност у утврђивању пореских обавеза, отвореност у комуникацији и одговорност.

Поступање пореских обвезника, ван онога на шта су законом обавезани, може бити подстакнуто обезбеђењем порескоправне сигурности и бржим решавањем спорних чињеничних питања, уз смањење трошкова плаћања пореза. То ће обезбедити већу информисаност пореских органа и омогућити им да изврше ефикаснију процену ризика и адекватнију алокацију сопствених ресурса (Study into the Role of Tax Intermediaries, 2008:40). У изграђивању побољшаних односа опорезовања државе могу

користити три механизма: (1) једнострану изјаву о томе шта очекују од пореских обвезника и њихових саветника и последице њиховог неприхватања; (2) заједничку повељу о поступању свих учесника пореских односа и (3) формални или неформални споразум између пореског органа и одређеног обвезника (Study into the Role of Tax Intermediaries, 2008:40, 43). Постоје позитивна искуства неких земаља у погледу успостављања побољшаних односа опорезивања (Холандија, САД, Велика Британија, Аустралија). У пракси су се неминовно испољили и одређени проблеми повезани са променом понашања пореских субјеката у смислу повећања њиховог узајамног поверења и испољавања спремности да се односи уређују на договореним основама (Owens, 2012:518). По мишљењу неких аутора, модел побољшаних односа представља прекретницу у развоју пореских односа имајући у виду нагласак на измени схватања и понашања пореских субјеката и њихову реализацију путем *soft law* инструмената као и форсирање идеје од стране ОЕЦД (Roch, 2012:23). Иза инсистирања на повећању поверења и правне сигурности налази се стварни разлог промена а то је потреба решавања проблема агресивног пореског планирања. У међувремену, ОЕЦД у документу посвећеном добровољном плаћању пореза замењује термин „*enhanced relationship*“ термином „*co-operative compliance*“. Приступ кооперативног плаћања¹ генерално је усмерен на брже решавање спорова што зависи од благовременог откривања података и транспарентног понашања (Co-operative Compliance: A Framework From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance (Preliminary), 2013:50). Неки аутори оправдано указују да изненађује околност ширења броја и величине програма побољшаних односа опорезивања и уградња њихових елемената у, по самој природи ствари, супротстављене односе (Simone, Sansing, Seidman, 2012:1). Примени овог новог концепта претходи „тржишна сегментација“ пореских обвезника, од стране пореских органа, како би боље разумели понашање и потребе различитих категорија обвезника и на тај начин повећали добровољно плаћање пореза (Ascenzo, 2015:90). Сегментација пореских обвезника у посебне групе, примарно али не само на основу величине, омогућава да различити ризици у плаћању пореза буду отклоњени на најбољи начин, што захтева и одговарајућу

1 У пореској теорији се истиче да је у мање развијеним земљама потребно створити неопходне услове за успешан прелазак на модел кооперативне сагласности. Најмање шест главних фактора су одлучујући у реализацији ове промене: структурирано управљање ризиком, схватање пореских обвезника као клијената, квалитет пореских закона, одговарајућа међународна мрежа пореских уговора, широк низ консултативних споразума и опште коришћење информационих технологија. Наведено према: Vázquez-Caro, J. Bird, R.M. (2011). Benchmarking Tax Administrations in Developing Countries: A Systemic Approach. *e-Journal of Tax Research*, Vol. 9, No. 1. 20

организациону структуру и алокацију средстава нпр. оснивањем службе за велике пореске обвезнике (Current Challenges in Revenue Mobilization: Improving Tax Compliance, 2015: 20).

Иницијативе у домену подстицања добровољног плаћања пореза могу се правилно разумети у контексту глобалне политичке подршке ангажовања националних пореских администрација на спречавању агресивног пореског планирања и офшор евазије. Неке државе су увеле програме добровољног пријављивања имовине илегално држане у иностранству. Друге државе су користиле пореску амнестију док извршен број држава захтева од обвезника да откривају неизвесне пореске позиције (Owens, 2014:21). Офшор програми добровољног плаћања пореза пружају прилику за максимизирање користи од побољшања транспарентности и размене информација у пореске сврхе, да се краткорочно повећају порески приходи и да се дугорочно побољша пореска сагласност. Ови програми генерално пружају подстицаје као што су снижене казне и трошкови камата, заједно са неком формом заштите од кривичног гоњења (Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance, 2015:13).

Међу земљама које су иницирале побољшање пореских односа биле су Холандија, Ирска и Велика Британија. Примера ради, Холандија је стартовала 2005. године са програмом хоризонталног надзора (*Horizontal monitoring*) за велике компаније, који се заснивао на транспарентности, разумевању и поверењу. Програм је 2007. године био проширен на средње и мале компаније, пореске посреднике и друге трговачке и профитне организације. У међувремену су и друге државе примењивале програме побољшаних односа (Белгија, Немачка, Аустрија, Шведска, Аустралија, Канада, САД) како би предупредиле пореске спорове и олакшале добровољно извршавање пореских обавеза. У Шведској је овај приступ познат као „*Right from the Start*“ који обухвата читав низ мера посвећених едукацији и активном ангажовању пореских обвезника у процесу опорезивања (Walsh, 2012:464). У односу на традиционалну пореску контролу, хоризонтални надзор се фокусира на садашње и будуће активности обвезника и њихове везе са пореским органима са циљем отклањања пореских ризика пре подношења пореских пријава. Уместо широких и дуготрајних контрола, које покривају период од неколико година уназад, улазак у овај програм значи ограничену пореску контролу, која се примарно заснива на прегледу операција унутрашње пореске контроле самог обвезника (Verbič, Čok, Šinkovec, 2014:68). Примера ради, Аустралија је прва применила одговарајућу регулативу (*Responsive regulation*) базирајући овај приступ на анализи и разумевању понашања пореских обвезника у виду пирамидалне структуре. Савремени теоретичари фискалне психологије и бихевиоралне економије

посебно су заинтересовани за проучавање реакција и мотивација пореских обвезника, тако да њихови налази могу бити корисно полазиште пореским органима за формулисање адекватне стратегије побољшања добровољног плаћања пореза (Gaugl, Hofmann, Kirchler, 2015:19).

3. Посредничка улога пореских саветника у побољшању пореских односа

По самој природи своје улоге, порески саветници нису директан учесник (страна) у побољшаним односима опорезивања. Међутим, они имају способност да утичу на понашање пореских обвезника тако да се од њих очекује да олакшају откривање информација и транспарентност, који су карактеристични за нови тип пореских односа. У консултацијама са представницима ОЕЦД, порески саветници су испољили бојазан да би ова очекивања од њих компромитовала њихове различите правне и моралне обавезе да делују искључиво у најбољем интересу њихових клијената. У документу ОЕЦД (OECD, Tax Intermediaries Study-Working Paper 6-The Enhanced Relationship, 2008:10) се наводи да би прихватање побољшаних односа од стране корпоративних обвезника требало да умањи коришћење агресивног пореског планирања зато што ће тражња за таквим услугама бити смањена. Исто тако, истиче се да ће порески саветници ипак деловати у најбољем интересу њихових клијената али један од тих интереса биће подржавање побољшаних односа са пореском администрацијом. Њима се ставља у изглед претња санкцијама због пружања шема агресивног пореског планирања. Ту, међутим, постоји битан проблем који се тиче прецизног законског дефинисања и разграничења прихватљиве од неприхватљиве законите пореске евазије, што често изостаје у већини савремених пореских законодавстава. Решавањем овог проблема отклониће се могућности различитих тумачења законских одредби као и злоупотреба правних празнина у пореској регулативи.

Без обзира на испољене тешкоће, постоје и позитивна искуства у бројним државама у погледу изградње побољшаних односа пореских органа са пореским саветницима што би требало да допринесе бољем разумевању њихове улоге у функционисању пореских система. Таква сазнања могу бити корисна за побољшање стратегије управљања пореским ризицима уз истрајавање на достављању информација важних за опорезивање, што би водило смањењу трошкова плаћања за све учеснике односа. Посебно је значајно да порески саветници развију способност предвиђања оних трансакција и питања која ће порески органи желети да се открију (Study into the Role of Tax Intermediaries, 2008:44).

Развијене пореске администрације желе да оставе утисак клијентски оријентисаних институција које већи нагласак стављају на сарадњу и транспарентност са пореским обвезницима и њиховим пореским саветницима али, како наглашавају неки аутори, то је углавном више интуитивно очекивање. Аустралија и Нови Зеланд предњаче у развијању пореске сарадње која се описује као модел „*Responsive regulation*“ у чијој основи се налази поступање пореских органа у складу са понашањем обвезника. Њихова искуства прате и друге развијене пореске администрације. Међутим, овде се појављује основни правни проблем. Како је могуће модификовати један ауторитативни однос и трансформисати га у кооперативни порески однос, где је примарна обавеза пореских саветника да максимизирају интересе клијената минимизирањем износа пореза који треба да плате у складу са законом? Поједини аутори, на основу упоредних искустава, указују на одређене концептуалне тешкоће у развијању партнерских односа пореских органа са пореским саветницима, као што су: одсуство заједничких циљева и интереса, неусклађеност обавеза једне и друге стране, промена културе пореских службеника и њихова стручност у балансирању јавног и приватног интереса у пореској сфери.² Промене у правцу развијања побољшаних односа опорезивања захтеваће и преиспитивање традиционалне улоге пореских саветника. Они ће морати да делују у друкчијем пореском окружењу. С једне стране, пореске власти у њима виде на изванредан начин сараднике у олакшавању процеса опорезивања а с друге стране, они морају да покажу професионалност и лојалност њиховим клијентима, налазећи се тако у својеврсном раскорак између онога што се од њих очекује и онога на шта су правно и етички обавезни у процесу пореског саветовања (Gutman, 2012:476).

4. Алтернативно решавање пореских спорова

Ново виђење односа између пореских органа и пореских обвезника праћено је у једном броју земаља увођењем алтернативних начина решавања спорова. Прихватање и примена овог правног института треба да омогући разјашњење законских одредби и у вези са тим разрешавање спорних пореских ситуација као и спречавање одвијања неприхватљивих шема пореског планирања. У том смислу, увођење алтернативних начина решавања пореских спорова има за циљ смиривање затегнутости и решавање спорова у што је могуће ранијој фази. Они попримају различите форме али могуће их је поделити на утврђујуће (*adjudicative*) и засноване

² Више о томе: Dabner, J., Burton, M. (2012). The „Enhanced relationship“ model collides with reality—the determinants of the relationship between tax administrators and tax intermediaries. www.researchonline.jcu.edu.au/...25583_Dabner_201...

на пристанку (*consent-based*) (Study into the Role of tax Intermediaries, 2008:75). У прву групу би спадали они начини у којима странке решавају спор пред неутралном трећом страном чија је одлука обавезујуће природе (нпр. арбитража). Друга група би обухватала начине у којима странке решавају спор пред неутралном трећом страном чија је улога посредничка или саветодавна, као што су нпр. посредовање (*conciliation*), мирење (*mediation*) или рано неутрално вредновање (*early neutral evaluation*). У односу на мирење, улога посредника код посредовања је активнија у погледу указивања одговарајућих решења или исхода спора. Рано неутрално вредновање је саветодавни поступак у коме трећа страна, најчешће неки специјални стручњак, даје претходну, необавезујућу оцену стања у разним фазама случаја с циљем дефинисања основа за даље преговарање и избегавање непотребних заостравања пореских односа. У начелу, разлози за и против примене алтернативних решавања пореских спорова определиће у крајњој линији оправданост увођења овог правног института у традиционално јавноправну област опорезивања. Као предности истичу се брже и ефикасније решавање пореских спорова, мањи укупни трошкови опорезивања, флексибилност и поверљивост поступка, ефикаснија заштита права пореских обвезника, могућност надзора странака над поступком и, као резултат тога, могуће веће задовољство постигнутим решењем (Thuronyi, Espejo, 2013:31). У теорији се износе и друкчија мишљења о квалитетима овог правног института. Алтернативно решавање пореских спорова може имати одређене негативне ефекте, нпр. изазивајући одуговлачење с поступком и стварање додатних трошкова или изазвати сумњу у „приватизовану и договорену правду“ доводећи у питање поштовање основних начела пореског права-начела законитости, једнакости и правичности (Лугарић, Чичин-Шаин, 2014: 351-352).

Исто тако, интересантан је став да се алтернативно решавање пореских спорова може схватити као механизам који омогућава пореском органу да порескоправне чињенице сазна на бржи начин, посебно ако се има у виду начело економског приступа чињеницама битним за опорезивање (Лугарић, Чичин-Шаин, 2014:369). Начело фактицитета је концепцијски осмишљено за утврђивање пореских чињеница према њиховој економској суштини, имајући у виду немогућност прецизног нормативног регулисања свих порескоправних ситуација у пракси и да управо разлике у схватањима економске суштине пореских чињеница проузрокују највећи број спорова у порескоправним односима.

Једно од начела пореског поступка јесте обавеза странака да поступају у доброј вери. Уколико се не може постићи договор у вези чињеничног стања, добровољним пристајањем на наведени правни институт

обвезник показује своју спремност на разјашњење околности случаја као и спремност на споразуман и кооперативан начин решавања спора. Порески орган својим укључивањем у алтернативно решавање спора такође изражава спремност на утврђивање чињеница у складу са њиховом правом економском суштином и законским одредбама (Лугарић, Чичин-Шаин, 2014:270).

5. Изазов коруптивног понашања као сметња у реализацији побољшаних односа опорезивања

Латентна опасност од „сувишног приближавања“ субјеката порескоправног односа може представљати значајну препреку остваривању сврхе побољшаних односа опорезивања. Уместо повећања нивоа добровољног плаћања пореза, не може се искључити могућност да се у пракси јаве неповољни исходи у виду мањих износа наплаћених прихода. Склоност коруптивном понашању тешко је контролисати у одвијању пореских односа. У оквиру програма побољшања пореских односа, порески службеници морају имати високе стручне и моралне квалитете како не би долазили у искушење да пристану на узимање мита. Такво поступање не би само штетило угледу пореских органа него би било у супротности са непристрасним приступом, који се захтева у погледу развијања новог квалитета односа са пореским обвезницима. У том погледу, обим дискреционог одлучивања не сме бити прозволно одређен, већ се морају што прецизније дефинисати границе поступања службеника овлашћених за успостављање побољшаних односа опорезивања. Нејасне и непрецизне формулације пореских норми могу створити простор за арбитрарно тумачење и примену прописа, што ће погодовати појави корупције (Поповић, Илић-Попов, 2014:20).

Имајући у виду постојећа сазнања да традиционални порески односи нису имуни од појава коруптивног понашања, која прате појаву пореске евазије, чини нам се да су такве могућности извесније у развијању побољшаних односа опорезивања. Пореска корупција је, као и свака пословна трансакција, функција понуде и тражње одређених услуга које порески службеници бивају спремни да пруже пореском обвезнику по одређеној цени (Pashv, 2005:19). Велики порески обвезници, због њиховог изузетног финансијског потенцијала којим располажу, могу „искористити“ модел кооперативне пореске сагласности као „канал“ за намерно усмеравање пажње пореских органа на оне пореске позиције које су мање ризичне. У том смислу, професионалност и етичност у раду надлежних пореских службеника треба подстаћи давањем посебних финансијских подстицаја

за откривање пореских кривичних дела али и појачати интерну контролу унутар пореских органа, у циљу превентивног спречавања ширења коруптивног понашања међу пореским службеницима (Илић-Попов, 2006:957). У литератури се наилази и на друкчије мишљење, наиме, да постојање бонуса ојачава позицију корумпираног пореског службеника у преговорима око мита са пореским обвезником, што му обезбеђује већи износ мита (Fjeldstad, Tungodden, 2001:4).

6. Закључак

Реформе савремених пореских органа праћене су и променама у комуникацијама са пореским обвезницима. Економски развијене државе настоје да представе извршавање пореских обавеза у позитивном светлу са изазивањем што мање отпора и спорова. Ради остварења таквог циља, у једном мањем броју пореских система, у традиционалне пореске односе уносе се одређене модификације. Ове промене се одвијају у складу са општеприхваћеним концептом „новог јавног управљања“ који заступа услужно оријентисани приступ у раду, што захтева више отворености, информација и узајамног деловања субјеката порескоправног односа. Актуелне иницијативе се односе на побољшање порескоправних односа очекивањем од обвезника (за сада великих) да поступају транспарентно и да достављају пореским органима информације о неизвесним пореским позицијама, ради избегавања будућих спорова. У нови модел кооперативне сагласности укључују се и порески саветници који у значајној мери могу утицати на пореску сагласност пореских обвезника. Алтернативно решавање пореских спорова, поред класичног управног и судског, уводи се у појединим земљама са очекивањима ранијег и бржег решавања спорних порескоправних ситуација. Чињеница је да се путем ових пореских иницијатива постепено (прикривено) мења природа традиционалних пореских (управноправних) односа, што ће донети велике изазове за све учеснике. Без сумње, развијање побољшаних односа опорезивања значајно ће променити њихове улоге овакве какве их данас познајемо. Да ли ће ови процеси водити постепеној „приватизацији“ односа опорезивања, показаће време које је пред нама.

Литература

Ascenzo, M. (2015). Global Trends in Tax Administration. *Journal of Tax Administration*. Vol.1. No. 1. 81-100. Преузето 5.9.2015. www.jota.website/article/view/15/30

Current Challenges in Revenue Mobilization: Improving Tax Compliance. (2015). IMF. Преузето 29.7.2015. www.imf.org/external/np/pp/eng/2015/020215a.pdf

Fjeldstad, O., Tungodden, B. (2001). Fiscal Corruption: A Vice or a Virtue? *CMI Working Paper* 13. 3

Gutman, H. (2012). The Role of the Tax Advisor in the Changing World of Global Tax Administration: The 2012 Erwin N. Griswold Lecture Before the American College of Tax Counsel. Преузето 20.7.2015. www.americanbar.org/.../tax.../ttl-spr12-01-Gutm...

Gangl, K., Hofman, E., Kirchler, E. (2015). Tax authorities' interaction with taxpayers: A conception of compliance in social dilemmas by power and trust. *New Ideas in Psychology.* 37. 13-23 Преузето 2.9.2015. www.sciencedirect.com/.../S0732118X14000592

Dabner, J., Burton, M. (2012). The „Enhanced Relationship“ model collides with reality-the determinants of the relationship between tax administrators and tax intermediaries. Преузето 1.9.2015. www.researchonline.jcu.edu.au/...25583_Dabner_201...

Илић-Попов, Г. (2006). Опорезивање и корупција. *Право и привреда.* 5-8 (XLIII). 949-959

OECD (2008). *Study into the Role of Tax Intermediaries.* Преузето 2.9.2015. www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf

OECD Tax Intermediaries Study-Working Paper 6-The Enhanced Relationship.(2008). Преузето 2.3.2014. www.oecd.org/tax7administration/39003880.pdf

OECD (2015). *Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance. August.* www.oecd.org/ctp/...of-tax.../Voluntary-Disclosure-Programmes-2015.pdf

Лугарић, Т. Р., Чичин-Шаин, Н. (2013). Алтернативно рјешавање спорова у порезном праву: утопија или рјешење? *Зборник ПФЗ.* 64 (3). 348-375

Owens, J. (2014). BEPS: What's in it for Tax Administration? *Tax Tribune* 31. 15-25. Преузето 20.7.2015. www.new.iota-tax.org/sites/default/.../taxtribune31.pdf

Owens, J. (2012). Tax Administrators, Taxpayers and Their Advisors: Can the Dynamics of the Relationship Be Changed? *Bulletin for international taxation.* September. 516-518

Pashev, K. (2005). Corruption and Tax Compliance: Challenges to Tax Policy and administration. Center for the Study of Democracy, Sofia. 17

Поповић, Д., Илић-Попов, Г. (2014). Пореска структура и корупција. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LXII). 5-22

Roch, M.T.S. (2012). *Tax Administration vs. Taxpayer. A New Deal?* Преузето 20.7.2015. www.eatlp.org/uploads/...Moesnar520lecture.p...

OECD (2013). *Co-operative Compliance: A Framework From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance (Preliminary)*. Преузето 11.11.2015. www.oecd.org/.../Co-operative-Compliance-Preli...

OECD (2011). *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*. OECD Publishing

Simon, L., Sansing, R., Seidman J.K. (2011). When are Enhanced Relationship Tax Compliance Programs Mutually Beneficial? Tuck School of Business Working Paper No. 2012-102. Преузето 3.11.2015. <http://ssrn.com/abstract=1954823>

Thuronyi, V. Espejo, I. (2013). How Can an Excessive Volume of Tax Disputes Be Dealt With? 3-63 Преузето 2.9.2015. <https://www.imf.org/external/np.../tdisputes.pdf>

Wajsh, K. (2012). Understanding Taxpayer Behaviour-New Opportunities for Tax Administration. *The Economic and Social Review*. Vol. 43, No. 3. 451-475

Vázquez-Caro, J., Bird, R.M. (2011). Benchmarking Tax Administrations in Developing Countries: A Systemic Approach. *e-Journal of Tax Research*, Vol. 9. No. 1. 5-37 Преузето 20.7.2015. <https://www.business.unsw.edu.au/...publications>

Verbič, M., Čok, M., Šinkovec, D. (2014). Some evidence for implementing an enhanced relationship in Slovenia. *Financial theory and Practice*. 38 (1). 61-80

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Redefining Tax Relations

Summary

In developed tax administration systems, there has been a notable shift in contemporary tax relations. The boundaries of traditional public law tax relations have been shifted as a result of introducing certain innovations in the process of managing tax compliance. The legal positions of all participants in tax relations are precisely regulated by legal norms obliging them to adjust their conduct in compliance with the provided normative framework. Today, in developed tax administrations, there is a prominent trend of developing “improved” relations with taxpayers, primarily multinational companies, in order to avoid unnecessary tax disputes and encourage voluntary tax payment to a greatest possible extent. The ultimate objective is to reinforce the preventive function of modern tax administration but, at the same time, to retain the necessary repressive function. The requirements pertaining to transparent behavior and detection of suspicious tax positions could contribute to making large taxpayers much more active participants in tax relations. But, there are certain problems related to the application of the principle of legality and the principle of equal treatment of taxpayers, as well as the prolific challenges of corruption. The concept of departing from the confrontational tax relations and improving mutual cooperation, understanding and openness is essentially good but it still raises the following question: who will check whether the participant have crossed the permissible boundaries of tax communication between tax administrations and taxpayers, and how it how it will be carried out in practice.

Keywords: improved tax relations, cooperative tax compliance, tax counselors

УЛИЧНИ КРИМИНАЛИТЕТ

Апстракт: У раду, ауторка настоји да скрене пажњу на значај одређења криминалитета на улици, уличног криминалитета или криминолошке појаве, познате као *street crime*. Указује на узрочно-последичну повезаност између сиромаштва и криминалитета, посебно уличног криминалитета. Иако је улични криминалитет био једна од главних тема у виктимолошким расправама почетком 20. века, дефинисан кроз позитивистичку виктимологију, чак и сада, поново, у време огромних разлика између сиромашних и богатих, интересовање за овај облик криминалитета се вратило међу виктимологе. Такође, на почетку 21. века, постоји велики број радова, као и научних скупова, у којима је истакнут значај борбе против ове највидљивије форме виктимизације људи.

Кључне речи: (насилнички) улични криминалитет; разбојништво; отимање ствари; виктимизација.

Уводна разматрања

У развоју виктимологије могуће је идентификовати више различитих праваца, чија предметна и временска одређења варирају у зависности од приступа појединих виктимолога.¹ Сагласност постоји о почецима виктимолошког приступа у криминологији, који несумњиво припадају: Хентигу (von Hentig, 1948.), Вертаму (Wertham, 1949.), као и Менделсону (Менделсохн, 1956., 1959., 1973.). Тако је, на пример, Менделсон, приликом развијања израженијег легалистичког приступа у типологији жртава (за разлику од Хентига), у својим каснијим идејама, изменио свој концепт „кривице жртве“ у концепт „строглављивања жртве“. Почев од тада,

1 Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликан-ПРИНТ, Ниш, 2009., стр. 461.

концепти стила живота и „стрмоглављивања жртве“ створили су суштину, сржу највећем делу традиционалног виктимолошког приступа и на најбољи начин илуструју оно што Мајерс (Miers, 1989.) назива позитивистичком виктимологијом. Сама позитивистичка виктимологија подразумева „идентификацију фактора који доприносе не-насумичном обрасцу виктимизације, фокусирање на насилне интерперсоналне злочине, као и настојање да се идентификују жртве које можда доприносе својој сопственој виктимизацији“.² Груписање сличних схватања, под једним називом позитивистичка виктимологија, одговара ономе што је Воклејтова 1989. године идентификовала као „конвенционалну виктимологију“, а Кармен 1990. године као „конзервативну виктимологију“.³

Под тим схватањима уобичајено се као криминалитет подразумева све оно што обухвата „нормалан“, обичан криминалитет, који се одвија „јавно“, као, на пример, крађе или улични криминалитет. Дакле, то је криминалитет свакодневног живота који занемарује приватну сферу нечијег дома, као и унутрашњу сферу пословних корпорација. То је такво схватање криминалитета које је спојено са конзервативним приступом у политици и о коме се расправљало у првим назнакама друштвених покрета који су се бавили питањима жртава. Овакав приступ био је карактеристичан и у иницијалним истраживањима криминалне виктимизације, а о томе је Кармен писао: „Конзервативци унутар виктимологије и покрета за права жртава виде кривичноправни систем као гарант ретрибутивне правде – пружајући жртви сатисфакцију кроз сазнање да ће учиниоци бити кажњени за своје злочине“.⁴

Осим тога, у виктимологији се развила и либерална струја, којом су обухваћене не само жртве уличног криминалитета, већ и питања жртава мање видљивих облика криминалитета, попут криминалитета белог оковратника и структуралног криминалитета.⁵

У виктимолошким радовима новијег датума јасно се истиче да „ми обмањујемо себе ако мислимо да је понашање корпорација ирелевантно,

2 Видети: Walklate, S., *Imagining the Victim of Crime*, McGrawHill, Open University Press, 2007., стр. 31-32.

3 Ibid.

4 Walklate, S., op. cit., стр. 32. и 36.

5 Затим, радикално-критички правац утицао је на даље ширење предмета виктимологије, па се као предмет интересовања, осим жртава криминалитета, јављају и жртве других облика људског страдања, услед загађења човекове околине, повреде и оштећења здравља на раду, бруталност полиције, дискриминативне институције и радње других носилаца моћи и привилегија. Видети опширније: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., оп. цит., стр. 461-462.

чак и у односу на уско одређење криминалитета. На много начина, лоше поступање корпорација се чини са много више предумишљаја него већина од учињеног уличног криминалитета, који ми уобичајено прихватамо као злочиначко поступање и као виктимизацију“.⁶

Но, ипак, сагледавање уличног криминалитета (феноменолошко-етиолошки), као и његове виктимолошке конотације, немогуће је отпочети без разматрања контекста односа социјалне и ретрибутивне правде и јављања сиромаштва, као криминогеног фактора, које на тај однос утиче.

Са становишта односа између друштвене правде и кривичног правосуђа могу се поставити извесна питања: код друштвене правде – о томе шта је неопходно да једно друштво буде праведно конституисано; код кривичног правосуђа – о основама праведног кажњавања.⁷ Оно што иде у прилог друштвеној правди обично обухвата претпоставку да друштво може бити праведно само онда ако је предузело кораке којима је осигурана праведна расподела (редистрибуција) у располагању друштвеним богатством, а ако нема једнакости у располагању, онда бар неопходност задовољавања основних потреба⁸ чланова тога друштва. С друге стране, у прилог кривичном правосуђу наводи се претпоставка да кажњавање може бити праведно само ако је засновано на јасним ретрибутивним принципима.⁹

6 Ellias Robert, „Paradigms and Paradoxes of Victimology“, <http://www.aic.gov.au/publications/proceedings/27/elias.pdf>, приступ: 24.4.2009.

7 Да ли примена концепта ресторативне правде може да „помири“ достигнути ниво социјалне правде и примењени ниво ретрибутивне правде? Видети чланак о значају концепта ресторативне правде за постизање равнотеже интереса жртве, друштвене заједнице и делинквента: Костић, М., „Успостављање стандарда за ресторативну правду“, *Темид*, Београд, бр. 1, година 10, март 2007., стр. 5-14.

8 Постоје различити критеријуми за класификацију потреба. У литератури се наводе многобројне поделе – на опште и специфичне потребе, сталне и променљиве, незаменљиве и заменљиве, одложиве и неодложиве, природне, физичке и луксузне, стварне и замишљене и др. Нарочити значај има подела према начину на који се потребе задовољавају. Тако се могу разликовати: личне (када их човек задовољава као индивидуа и одлучује о врсти, приоритету, начину и времену задовољавања); заједничке (које се изражавају у кругу интересената и чине синтезу, а не механички збир личних потреба) и опште друштвене потребе (које се задовољавају у целом друштву и под истим условима за све чланове друштвене заједнице). Наведено према: Костић, М. „Потребе, социјалне разлике и криминалитет“, *Зборник са научног скупа: Узроци и последице социјалне диференцијације у нашем друштву данас*, Приштина, 1997., стр. 223-229.

9 William C. Heffernan, John Kleinig; „Introduction“, u: *From Social Justice to Criminal Justice, Poverty and Administration of Criminal Law*, (ed. by William C. Heffernan, John Kleinig), 2000, Philopsophy, стр. 1-24.
<http://books.google.com/books?isbn=0195129857...> приступ: 7.7.09.

Редистрибутивни концепт друштвене правде и ретрибутивни концепт кривичног правосуђа чине два основна и често повезана полазишта њихове условљености. Једна је веза емпиријске, а друга нормативне природе.

Емпиријска заснованост је у томе што је извесна форма редистрибутивне правде есенцијална за смањење обима криминалитета у напредним индустријским друштвима. Неједнакост у расподели прихода непосредно утиче на ниво криминалитета. Другим речима, што је већи диспаритет богатства између виших и нижих друштвених слојева у једној заједници, то је већа стопа криминалитета. Чак, тај обим може бити и виши у оним друштвима у којима је већа заступљеност оног дела становништва из нижих друштвених слојева који живе испод неопходног минимума прихода за задовољење основних потреба за егзистенцију.

Нормативна заснованост је у томе да су законом прописане кривичне санкције, приликом изрицања и деловања, мањкаве и то онда када се изричу оним особама којима друштвена правда није ни била доступна пре учињеног кривичног дела, па отуда тврдња да је „ретрибутивна правда могућа само у контексту редистрибутивне социјалне правде“.¹⁰

Размишљања о ова два аспекта постављене условљености односа између социјалне и ретрибутивне правде у друштвеном животу савремених држава, често се постављају здружено у радовима криминолога који разматрају питања повезаности нивоа криминалитета и нивоа виктимизације, с једне стране и економске неједнакости, с друге стране. Зато је предмет даљег интересовања у овом раду управо однос сиромаштва и криминалитета, посебно уличног криминалитета и облика његовог испољавања. Извесни криминолошко/виктимолошки погледи на улични криминалитет биће поткрепљени статистичким показатељима о жртвама и учиниоцима. С обзиром на то да је у првој половини 20. века улични криминалитет био основни предмет интересовања у виктимологији, идентификован као позитивистички приступ, чини се да се и у времену садашњем, у све већем јазу између богатих и сиромашних, интересовање виктимолога поново усмерава на уличне злочине. Бројна саветовања, као и радови у којима су изнесени резултати емпиријских и теоријских истраживања на ту тему у 21. веку утицали су и на предлагање мера превенције овог, можда „највидљивијег“, начина криминалне виктимизације.

Такође видети поставке учења класичне школе кривичног права: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 266-267.

10 Ibid.

Одређења уличног криминалитета

У криминолошким расправама о односу између друштвене опасности уличног и криминалитета белог оковратника, често се истичу, без јединственог одређења уличног криминалитета, видљиве последице појединачних недозвољених поступања приликом вршења уличног злочина, које непосредно утичу да жртве буду повређене или угрожене. Злочини, попут уличног разбојништва, отимања ствари на улици (нарочито мобилних телефона), физичких и сексуалних напада на жртве, превара и сл., представљају основни извор страха од криминалитета¹¹ који се јавља у непосредном социјалном окружењу жртава, суседству на пример, из кога потиче и сам учинилац.

Место извршења уличног криминалитета најчешће је јавни простор градских насеља. Наведени облици испољавања, уз које треба нагласити и појаву илегалне трговине оружјем, наркотицима, злоупотребу алкохола, нападе ножевима и сл., утичу и на ниво привредног развоја појединих делова града, где је улични криминалитет изражајнији, са чим се повезује и мањи образовни ниво становништва, као и опадање самопоштовања у локалној заједници.

Непосредна виктимизација приликом вршења уличног криминалитета одвија се кроз физичке нападе на личност, са мотивом користољубља, освете или застрашивања. Изазивање константног страха код становништва води ка индиректној виктимизацији читаве друштвене заједнице, а криминално понашање постаје модел за опонашање млађим члановима заједнице.¹²

Улични криминалитет се одређује најчешће путем навођења најучесталије учињених појединих кривичних дела, као могућих, али не и јединих облика његовог испољавања. Тако, овај тип криминалитета, према неким ауторима, обухвата: вандализам, крађу аутомобила, отимање ствари, а ови се акти обично извршавају изван куће.¹³

Други аутори, попут Хелсворта (Hallsworth), сматрају да је дефинисање уличног криминалитета комплексно питање, зато што је то „предмет

11 Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 73.

12 „Term-Papers.us - Is Street Crime More Harmful Than White Collar Crime?“
<http://www.term-papers.us/ts/ia/smu104.shtml>, приступ: 13.7.2009.

13 Видети: *English Collins Dictionary*,
<http://dictionary.reverso.net/English-cobuild/street%20crime>, приступ: 12.7.2009.

моралне панике у различитим видовима“.¹⁴ Одређење уличног криминалитета зависи од сложених узрока и динамике злочина, као и од исхода због којих можда долази до повећања обима уличног криминалитета, затим од тога шта то непосредно утиче на мотивисање учиниоца, како се бирају жртве, па све до тражења одговора на то како се механизми социјалне контроле супротстављају овим злочинима и колико су у томе успешни. Зато се овај аутор определио за широку дефиницију уличног криминалитета, која обухвата „злочине мотивисане стицањем који се извршавају на јавним местима“.¹⁵

Слично Хелсвортовом одређењу, нека енциклопедијска издања такође одређују улични криминалитет као „широко схватање за злочине који се врше на јавним местима, посебно код отимања ствари“. Осим разбојништава, улични криминалитет обухвата: џепарење, сталну илегалну продају наркотика на улици, проституцију у форми нелегалног узнемиравања понудама, писање графита и вршење аката вандализма на јавним добрима, нападе, као и остале злочине против приватне имовине, попут крађа осовинских капака¹⁶ са кола.¹⁷

Затим, према дефиницији коју усваја Метрополитен полиција, у циљу бољег одређења дрске крађе, као и уличног разбојништва које се врши уз употребу силе или застрашивања жртве (*mugging*, реч која је у употреби и у *British Crime Survey*), улични криминалитет уопште обухвата и све крађе од жртава на улицама, при чему се ствари дрско отимају, а жртва при томе није нападнута.¹⁸

На енглеском сајту под називом „Street Crime“ такође се одређује значење уличног криминалитета. Најпре је наглашено да тај термин није у стандардној употреби Министарства унутрашњих послова Велике Британије, али се уобичајено користи да би се означило комбиновање

14 Simon Holsworth: *Street crime*, Cullompton: Willan, 2005, 224pp. (Review by Jacqui Karn) <http://bjc.oxfordjournals.org/cgi/content/full/45/6/997>, приступ: 10.7.2009.

15 Ibid.

16 Radkarpe (немачки) – осовински капак. Видети: Ристић, С., Кангрга, Ј., *Енциклопедијски немачко-српски речник*, Просвета, Београд, 2004.

17 „Street crime“, from *Wikipedia*, http://en.wikipedia.org/wiki/Street_crime, приступ 9.3.2009.

18 Видети: *Crime Reduction Toolkits: Robbery*, <http://www.crimereduction.homeoffice.gov.uk/toolkits/sc01.htm>, приступ 9.3.2009.

Robbery and street crime, Home Office,

<http://www.homeoffice.gov.uk/crime-victims/reducing-crime/> приступ 9.3.2009.

недозвољених поступака, попут вршења уличног разбојништва и крађе ствари отимањем.¹⁹

Одређивање смисла уличног криминалитета, од стране опште јавности, а не у научним и стручним круговима, често се налази на форумима познатих дневних листова Западне Европе. Тако, на форуму читалаца листа *The Independent* од марта 2009. године постоји читав низ писама у коме грађани/грађанке бележе своја лична искуства са преживљеним уличним нападом, па све до изношења ставова везаних за страх од уличног криминалитета. Читатељка, у свом писму под називом „Ирационални страхови који спутавају животе наше деце“, пише: „Деценијама ми уграђујемо ирационалне страхове у свест наше деце о опасностима на улици и како је несигурно закорачити напоље, изван кућних врата. Наша се деца не наоружавају зато што је то забавно или симпатично, већ зато што се плаше за своју сигурност. 'Свевидеће' понашање полиције ће једноставно увећати тај страх“.²⁰

Феноменолошко-етиолошка обележја уличног криминалитета

1. Феноменолошка обележја

У криминалној феноменологији, приликом проучавања било ког типа криминалитета, па и уличног криминалитета, треба изнаћи одговоре на неколико питања (ко, шта, како, где и када),²¹ који ће расветлити чињенице кроз које се испољава појединачно криминално понашање.²²

У великом броју расправа, приказа, есеја о уличном криминалитету, доступних на Интернету, налазе се чак и тврдње по којима се улични криминалитет, за разлику од већине непознаница везаних за криминално понашање уопште, испољава према обрасцима који показују константност за дужи период времена. Према тим тврђењима, која се узимају као „здраворазумска“, већина учинилаца и жртава су особе мушког пола, млађе од 25 година живота, при чему је једини изузетак код силовања, када су

19 Home Office, *Crime Reduction: Street Crime Definitions*

<http://www.crimereduction.homeoffice.gov.uk/streetcrime/streetcrime01.htm> приступ: 16.7.2009.

20 Видети опширније: *The Independent*: „Letters: street crime“

<http://www.independent.co.uk/opinion/letters/letters-street-crime-859054.html>, приступ: 9.3.2009.

21 Видети: Хорватић, Ж., *Елементарна криминологија*, Либурија- Ријека, Школска књига-Загреб, 1981., стр. 55-56.

22 Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *op. cit.*, стр. 28.

жене више изложене ризику виктимизације. По овом приказу, улични криминалитет се чешће дешава у топлијим крајевима, као пример се наводе државе на југу САД, при чему становништво чешће борави изван својих кућа, остављајући покретну имовину без адекватног чувара, прозоре на становима и возилима најчешће отворене, а у дневној гардероби нема капута који би покривали џепове и новчанике и сл.²³

Осим тога, научно и стручно интересовање, посебно за утврђивање феноменолошких обележја уличног криминалитета, водило је и ка одржавању посебних конференција посвећених овој тематици. Тако, за време председавања Европској унији, Велика Британија је 2005. године организовала Конференцију о најбољој пракси у вези са насилничким уличним криминалитетом,²⁴ под покровитељством Мреже Европске уније за спречавање криминалитета у Европи (*EUCPN Best Practice Conference on Violent Street Crime*),²⁵ а у организацији Министарства унутрашњих послова. Учесници Конференције су указали на неколико основних феноменолошких карактеристика уличног криминалитета у Европи, са аспекта учинилаца, жртава, као и облика његовог испољавања.

Посебна пажња била је посвећена заступљености младих особа - извршилаца и/или жртава уличног криминалитета, као и њиховом учешћу у субкултури уличних банди. Затим су учесници указали на заступљеност алкохола и дроге у насилничком уличном криминалитету. По њима, основни облици испољавања насиља на улицама односе се на насиље између трговаца наркотицима, због контроле територије, као места дистрибуције наркотика. Трговање наркотицима повезано је и са употребом ватреног оружја, као и организованим криминалитетом, а врши се углавном у урбаним и субурбаним подручјима, мада се јавља и у руралним и субруралним подручјима. То утиче и на кориснике, који прибегавају насилничком имовинском криминалитету како би обезбедили средства за куповину наркотика. Већина особа, за које се сумња да учествују у насилничком уличном криминалитету, су мушкарци

23 Видети, као пример, текст: *Who, What & Where of the Street Crime*, <http://www.suite101.com/>, приступ: 10.5.2009.

24 *EUCPN Best Practice Conference on Violent Street Crime*, 5th-7th December 2005, conference hosted by the Home Office under the auspices of the UK Presidency of the European Union, A Conference Report written by the Office for Public Management (OPM) with the Home Office of the UK
<http://www.eucpn.org/docs/UK%20Presidency%20Best%20Practice%20Conference.pdf>, приступ: 9.3.2009.

25 *Council Decision of 28 May 2001 setting up a European crime prevention network*, (2001/427/JHA), Official Journal of the European Communities 8.6.2001., L 153/1
http://www.eucpn.org/docs/l_15320010608en00010003.pdf приступ: 23.4.2009

узроста између 25 и 44 године, врло ниског образовног статуса. Имовински криминалитет је најучесталији, укључујући пораст крађа аутомобила и учешће у малолетничким бандама.

Следећа питања односила су се на употребу ватреног оружја, као и ножева у вршењу уличног криминалитета. Ватрено оружје се обично употребљава приликом разбојништава, киднаповања, убистава, као и транспорта новца и других драгоцености. Заступљеност употребе ватреног оружја се разликује од земље до земље, што зависи и од законске регулативе, али и културолошког става према ношењу и употреби овог оружја.

На крају, разматрана су питања везана за вршење уличног разбојништва. Наглашено је да улично разбојништво доминира по обиму испољавања у градовима широм Европе. Делинквенти примењују различита понашања, али су зато жртве сличне по својим својствима: младе особе, туристи и видљиво вулнерабилне одрасле особе. Неке од жртава трпе поновљену виктимизацију, зато што се крећу кроз опасне области, мање су пажљиве или једноставно не знају како да заштите своје ствари (мобилне телефоне, на пример).²⁶

До сличних закључака, посебно у односу на учешће младих у вршењу уличног криминалитета, дошли су и истраживачи на пројекту „Младе особе и улични криминалитет“ (*Young People and Street Crime*) који је трајао од априла 2001. до јуна 2002. године, у Великој Британији. Резултати указују на то да су младе особе које су искључене из процеса активног школовања или у чијим породицама нико од одраслих није упошљен, као и дечасти тинејџери,²⁷ који одрастају без утицаја позитивних мушких улога за опонашање у својој околини, најчешће у ситуацији да изврше крађу мобилних телефона отимањем од жртава на улици. Тим поводом, председавајући Одбора за малолетничко правосуђе је рекао: „Ово истраживање показује да је поседовање мобилних телефона само један део шире потрошачке културе међу младим људима које не утиче само на то да разбојништво буде што уноснија врста злочина, већ првенствено мотивише учиниоце на злочин. За већину данашњих тинејџера поседовање ствари, као што су мобилни телефони, чини статусни симбол који се мора

26 Видети: *EUCPN Best Practice Conference on Violent Street Crime*, op. cit., стр. 7-15.

27 У статистичком билтену Министарства унутрашњих послова Енглеске и Велса као извршиоци антисоцијалних понашања помињу се и деца која лутају („висе“) по улицама. Видети: *Home Office Statistical Bulletin: „Crime in England and Wales 2007/08“*, Findings from the British Crime Survey and police recorded crime, Edited by: Chris Kershaw, Sian Nicholas and Alison Walker, July 2008
<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs08/hosb0708.pdf>, приступ: 13.7.2009.

имати и неки од младих се окрећу вршењу кривичних дела да би до тога дошли.“²⁸

Хелсворт жртве уличног криминалитета означава као „погодне и доступне“ учиниоцу.²⁹ Да би неко постао жртва уличног криминалитета битно је да су „жељене ствари које поседује потенцијална жртва релативно вредне, често видљиве, а према њима се власник нехајно односи“, што све утиче на повећани ниво могуће виктимизације. Број младих особа као жртава уличног криминалитета, „незадрживо напредује“, према мишљењу Хелсворта. Најчешће, они су жртве крађе мобилних телефона. Ове крађе су, према статистичким показатељима Министарства унутрашњих послова Велике Британије, скоро удвостручене у периоду између 1998. и 2001. године. Током 2001. године 330.000 кривичних дела крађе мобилних телефона било је пријављено полицији и чинило је 6% у односу на сва пријављена кривична дела.

Према резултатима истраживања које је спровео Мори (*A Mori Tracker Survey*)³⁰ јануара 2000. године 46% од укупног броја одраслих особа које су тада живеле у Великој Британији, имало је мобилни телефон, а до фебруара 2002. године тај се број увећао на 73%, што чини повећање од више од 50% у периоду од само 25 месеци.

Резултати Моријеве студије указују и на то да је највећи пораст забележен код особа за које се иначе сматра да су најчешће жртве уличног криминалитета у узрастном добу од 15-35 година, зато што управо унутар те старосне групе 80% популације поседује мобилни телефон.

Хелсворт даље истиче да се у самом вршењу уличног разбојништва (независно од предмета који се одузима) жртва „убичајено суочава са претећом силом“, поготово ако се одузимају мање ствари, које жртва убичајено носи са собом.³¹

У другим европским земљама, попут Русије, посебно се анализирају и прикупљају подаци везани за један специфичан облик испољавања уличног криминалитета у Москви, под називом „улична хипноза.“ Наиме, ради се о преварама на хиљаде жртава годишње, које врше Роми. Већина жртава

28 *Teenagers and street crime*, LSE, 9 January 2003

<http://www.youth-justice-board.gov.uk/YouthJusticeBoard/>, приступ: 23.4.2009

29 Simon Hallsworth, *Street Crime*, Willan Publishing, str. 109-113.

http://books.google.com/books?id=2d5mj_y8gskC&printsec=frontcover&hl=sr, приступ: 20.7.2009.

30 Ibid.

31 Ibid.

изјављује да им је „новац био измамљен“, тако што су били „хипнотисани интензивним пићењем разрогачених очију“ у њих, „опчињени речима и упозорењима од проклетства које ће пасти на њихове најмилије“. У ствари, ради се о добро организованим криминалним групама од стране Мафије и вршењу превара на улицама у вредности од билион долара годишње.³²

2. Етиолошка обележја

У савременој криминолошкој литератури често се полази од изношења две тврдње, важне за теоријско/социолошка, као и правничка размишљања о узајамној повезаности делинквенције и сиромаштва. Први приступ преиспитује дејство које сиромаштво остварује као узрок криминалног понашања, а други се односи на начин како се правосудни/легалистички систем односи према сиромашним особама. Иначе, према мишљењу које заступа Кармен, сиромашне особе најчешће су и припадници мањинских група у друштву које су двоструко погођене, како економском депривацијом, тако и социјалном дискриминацијом. Директни утицај сиромаштва на вршење уличног криминалитета огледа се у томе што сиромашна особа „не преза ни од чега“ како би дошла до средстава да задовољи своје основне потребе или да удовољи тренутном „хиру“ испуњења „луксузних потреба“, док се индиректни утицај сиромаштва испољава кроз изградњу вредносног система једне особе и њен животни стил, одабир пријатеља, као и могућност долажења до посла.³³

Како одредити сиромаштво и његов узрочни утицај у настајању криминалитета насиља и имовинског криминалитета, са становишта активне улоге учиниоца, а како опет расветлити улогу и положај жртва насилничких поступања и крађа?³⁴

Човек, као природно и друштвено биће, тежи задовољавању својих потреба, које се мењају, у зависности од економских, социјалних, културних и технолошких могућности и стања у друштву. Друштвени процеси, попут урбанизације и индустријализације, утицали су да се обим и квалитет

32 Видети опширније: *The Seattle Times*: „Hypnotism in Russia – a street crime weapon“ seattletimes.nwsources.com/.../2002166501_hypnotic01.html, приступ: 12.7.2009.

33 Видети: Andrew Karmen: „Poverty, Crime and Criminal Justice“, у: *From Social Justice to Criminal Justice, Poverty and Administration of Criminal Law*, (ed. by William C. Heffernan, John Kleinig), 2000, Philipsohy, стр. 25-47.
<http://books.google.com/books?isbn=0195129857> приступ: 7.7.09.

34 Видети о томе: Костић, М., „Задовољавање потреба у условима сиромаштва (криминолошки осврт)“, *Социјална мисао*, Београд, октобар-децембар 4/2008., стр. 128-130.

људских потреба³⁵ прошири, али је временом наметнута и тежња да друштво организовано, путем институција, омогући задовољавање нараслих потреба и онда када појединци то сами тешко или уопште не могу да чине.

Појам нужних потреба се може утврдити у зависности од друштвено-економских формација и класа. У искуственом смислу, нужне потребе су оне које је неопходно задовољити тако да се код чланова једног друштва или класе пробуди осећање или убеђење да им је живот на датом нивоу поделе рада „нормалан“³⁶. На сличан се начин одређује појам животног минимума, који обухвата физички и друштвено-економски условљене количине роба и услуга, личне и заједничке потрошње у нужном асортиману, без којих није могућа репродукција појединаца и породице.³⁷

У данашњем савременом свету и даље не постоји могућност да све категорије становништва задовоље своје фундаменталне потребе ради опстанка – довољно хране, адекватна одећа и обућа – па се тако у социолошкој литератури наводи да они „живе у сиромаштву“³⁸. Концепт апсолутног сиромаштва заснива се на идеји преживљавања, односно обезбеђивања основних услова које треба испунити да би се одржала физички здрава егзистенција. Зато се концепт апсолутног сиромаштва сматра универзално примењивим. Њиме су обухваћени стандарди људског одржања који су, више или мање, исти за све људе истог животног доба и исте телесне грађе, без обзира на то из ког краја света потичу. За било ког појединог човека се зато сматра да живи у сиромаштву уколико се налази испод овог универзалног стандарда.³⁹

35 Своје учење о људским потребама класици марксизма су развили на поставци да је позив сваког човека подмиривање сопствених потреба. Видети: Маркс, К., *Немачка идеологија*, Београд, Култура, 1964., стр. 331

36 Хелер, А., *Вредности и потребе*, Београд, Нолит, 1981., стр. 95-99.

37 Костић, М., „Потребе, социјалне разлике и криминалитет“, Зборник са научног скупа: *Узроци и последице социјалне диференцијације у нашем друштву данас*, Приштина, 1997., стр. 224-225.

38 Гиденс, Е., *Социологија*, Београд, Економски факултет, 2005., стр. 317.

39 Апсолутна линија сиромаштва може бити: линија екстремног и линија генералног сиромаштва. Екстремна линија сиромаштва, која се још назива и линија прехранбеног сиромаштва, одређује се на основу вредности „прехранбеног пакета“, који садржи минимум неопходних калорија и хранљивих вредности. У одређивању генералне линије сиромаштва узима се у обзир да појединац има и друге потребе изузев хране за преживљавање, нпр. стан, одећу и сл. Генерална линија сиромаштва утврђена је тако што је на монетарну вредност овог минималног нивоа прехранбених потреба (који је истовремено и вредност екстремне линије сиромаштва), додата монетарна вредност непрехрамбених роба и услуга које се троше у оним домаћинствима где се за

Међутим, због немогућности да се прецизно одреди садржај тог стандарда, у социолошкој литератури одређује се и концепт релативног сиромаштва, којим је сиромаштво одређено „у односима на укупни стандард који преовладава у одређеном друштву“⁴⁰. Представници овог концепта сматрају да је сиромаштво културолошки условљен феномен, па се стога не може одредити на основу неког универзалног стандарда. Људске потребе нису свуда идентичне, разлике су могуће чак и у оквиру једне друштвене заједнице.⁴¹

Сиромаштво се може одредити и као стање мултидимензионалности када недостају основне могућности за достојанствен живот. Мултидимензионалност сиромаштва, као појаве, карактерише трајна или хронична ускраћеност ресурса, способности, могућности избора, сигурности и моћи који су потребни за адекватан животни стандард и остварење других грађанских, економских, политичких, културних и социјалних права. Препознатљивост сиромаштва огледа се тако на разне начине, и то као: недостатак прихода и средстава довољних да се осигура одржива егзистенција; глад и неухрањеност; слабо здравље; ограничена или никаква доступност образовању и осталим темељним услугама; повећана смртност, укључујући смртност од болести; бескућништво и неадекватни стамбени услови; несигурно окружење, друштвена дискриминација и изолација.⁴² Живот на друштвеној маргини, као „маргинални грађанин“⁴³ приликом одлучивања у грађанском, друштвеном и културном животу заједнице такође је битна карактеристике негације људских права.

Током развоја криминологије као самосталне науке, велики број теоретичара који припадају различитим криминолошким правцима,

прехранбене потребе издваја износ једнак том апсолутном минимуму прехранбених потреба.

Видети: „Преглед сиромаштва у БиХ“

www.esiweb.org/pdf/bridges/bosnia/PRSP_PregledSiromastva.pdf

приступ: 21.5.2008. године

40 Гиденс, Е., лоц. цит.

41 Нека материјална добра се у једном друштву сматрају неопходним за живот, а у другом као потпуни луксуз. Гиденс наводи да у већини индустријализованих земаља одређене навике у исхрани и хигијени представљају минимум стандарда квалитетног живота и да грађани којима то није доступно живе у сиромаштву. Ипак, у многим земљама у развоју, овакви услови нису стандарди, већ изузетак, па би било бесмислено мерити сиромаштво на основу њиховог постојања или непостојања. Ibid.

42 Видети о томе: „Преглед сиромаштва у БиХ“ www.esiweb.org/pdf/bridges/bosnia/PRSP_PregledSiromastva.pdf, приступ 21. мај 2008

43 Милутиновић, М., *Криминологија*, Београд, Савремена администрација, 1988., стр. 380.

проучавали су однос и повезаност између економских (спољних) услова и криминалитета.

Тако на пример, у оквиру правца криминалне психологије, криминално понашање се доводи у везу са психичким особинама личности, док се деловању социјалних фактора признаје само споредно дејство. Ипак, у оквиру теорије фрустрације поставља се и питање вршења кривичних дела од стране доњих, дакле сиромашних слојева становништва. Према теорији фрустрационе агресије „појава агресивног понашања увек претпоставља постојање фрустрације и обрнуто, постојање фрустрације увек води некој врсти агресије“.⁴⁴ Услед немогућности задовољавања потреба својих породица може се развити осећај незадовољства који даље води ка испољавању фрустрационе агресивности. Тако се може објаснити криминалитет доњих слојева који због реакције на незадовољство могу вршити имовинска и друга кривична дела.⁴⁵

Међу првим социолошким објашњењима криминалитета о повезаности лоших услова живота и појаве злочина издваја се мишљење холандског криминолога Бонгера, који у свом делу „Криминалитет и економски услови“ полази од лоших услова живота, одбацујући херeditарне ставове антрополошки и биолошки оријетисаних криминолога. У том смислу, Бонгер пише да „велики део економског криминалитета (такође и проституције у извесној мери) има своје порекло у грамзивости изазваној садашњим економским окружењем“.⁴⁶ Уопште, читав Бонгеров опус управо је окренут на изучавање економских услова (беда, сиромаштво) као основних криминогених фактора који извиру из друштвеног система и

44 Видети опширније о теорији фрустрационе агресије: Доллард, Ј. (1939) *Frustration and Agression*. У: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В. Костић, М., ор. cit., стр. 282.

45 Уколико се прихвати схватање о научној агресивности код човека (за разлику од схватања о урођеној агресивности) онда се полази од тога да друштво може спроводити контролу агресивности уколико развије механизме учења, односно механизме условљавања грађана. Контрола агресивности је нужна претпоставка опстанка једне друштвене заједнице. Истовремено, схватање о урођености агресивног нагона резултира у ставу да је право друштва да врши контролу агресивности строго ограничено до оног степена када оно тиме почиње да угрожава биолошку основу својих грађана. Да ли би овакво размишљање везано за „психијатријску теорију казне и проблем агресивности“ (Фатић) могло да буде тумачено (у ширем контексту) у погледу вршења имовинских кривичних дела услед сиромаштва ради задовољења егзистенцијалног минимума и кажњавања учинилаца? Фатић, А. *Казна као метафора*, Београд, НИУ Службени лист СРЈ, 1995., стр. 37.

46 Игњатовић, Ђ., *Криминолошко наслеђе*, Београд, Полицијска академија, 2002., стр. 131.

који манифестују, на једној страни, егоизам горње класе, а на другој, беду доње класе, њено незнање и незрелост.⁴⁷

Марксистичко схватање криминалитета, како истиче Милутиновић, посебну пажњу поклања утицају беде и сиромаштва доњих друштвених слојева на криминалитет. Расправљајући о криминалитету, Маркс истиче да појава криминалитета има своју генезу у условима живота буржоаског друштва, у друштвеним и својинским односима на којима то друштво почива, који рађају незапосленост, сиромаштво, породичну беду, проституцију, криминалне навике и склоности. Према Лењину, усред тешког социјалног положаја, многи припадници доњих класа и слојева потпадали су под утицај демократизације капиталистичког друштва и упустили се у вршење кривичних дела. Тако су експлоатација маса, беда и сиромаштво представљали „главни социјални узрок“ ексцеса, којима се нарушавао социјални живот⁴⁸.

Неки криминолози, попут Хејла, Хауардове и других⁴⁹ издвајају посебан правац у криминологији, као теорију „притиска“, затим социјалне дезорганизације (Чикашка школа), економске теорије, теорије контроле и теорије опортунитета и свакодневних (рутинских) активности, које управо описују односе повезаности између сиромаштва и криминалитета, а развијају се кроз новије учење криминалне социологије.

Међу првим творцима теорије притиска издваја се Емил Диркем. Социолошкој и криминолошкој мисли крајем 19. века посебан допринос дао је Диркем својим концептом аномије, описујући ситуацију у којој су друштвена правила уништена или „замагљена“ и збуњујућа у мери у којој људи не знају шта да очекују једни од других. Све ово води ка осећању међусобне изолованости и свести о бесмислу живота.

Диркем је своја дела писао у 19. веку после бума индустријске револуције, која је утицала на трансформацију претежно руралних пољопривредних заједница у урбане средине у којима је доминирала мануфактурна индустријска производња. Према Диркему, аномија – стање безакоња – се повећава током периода убрзаних социјалних промена и води ка незадовољству, сукобима и девијацијама. Овакве појаве дешавају се током економских рецесија, али исто тако и током периода огромног просперитета.⁵⁰

47 Милутиновић, М., *op. cit.*, стр. 123.

48 Милутиновић, М., *op. cit.*, стр. 150.

49 Hale C., Hayward K., Wahidin A., Wincup E., (2005) *Criminology*, Oxford University Press, 2005., стр. 326.

50 Диркем, Е., *Правила социолошке методе*, Београд, Савремена школа, 1963. стр. 70-71.

Теорија притиска обухвата и учење Мертона, који, за разлику од Диркема, не сагледава појаву криминалитета и аномије као последице постојећих социјалних промена. Уместо тога, злочин се објашњава као могући одговор на притиске произведене из постојања неједнако доступних могућности за постизање успеха. Истицање „америчког нагласка“ ка новчаном успеху и општа тежња да се то и достигне, води ка претераној анксиозности, одбојности, неурози и антидруштвеном понашању. У том смислу Мертон објашњава различите корелације између злочина и сиромаштва, полазећи од тога да сиромаштво није изолована варијабла, већ да је оно једна „у комплексу независних друштвених и културних варијабли. Када се посматра у вом контексту, оно представља сасвим различита стања ствари. Сиромаштво као такво и, консекветно, ограничен број повољних прилика, нису довољни да индукују уочљиво високу стопу криминалног понашања. Чак и често помињано „сиромаштво усред обиља“ неће обавезно довести до овог резултата. (...) Тако је сиромаштво у много мањој корелацији са злочином у Југоисточној Европи него у САД“.⁵¹ Објашњавајући раскорак између културних циљева и институционализованих норми за њихово постизање, Мертон је указао на делинквентне активности омладине из нижих класа. Сиромаштво у ток контексту долази до изражаја као услов криминалне активности, зато што омладина из нижих класа није у стању да законским путем оствари материјално поседовање за којим тежи, па стога долази у стање аномије и крши законске норме да би постигла друштвено прихватљив животни циљ.⁵²

Чикашка школа развила се на специфичном проучавању урбане социологије на Чикашком универзитету између два светска рата, посредством емпиријских истраживања градске средине и екологије. Аутори, попут Трашера, Шоа и Мекеја (Tracher, Shaw, McKay) развили су концепт по коме неки квартави ближе центру града и сиромашна предграђа имају непосредан утицај на криминално понашање дела становништва. Неуспешна или тешко остварива адаптација миграната ствара гангове девијантних оријентација који одбацују постојеће друштвене вредности. Истражујући девијације у великим градовима, представници Чикашке школе законитост таквог понашања налазе у области локалних средина и друштвених група, сиротињских четврти, црначких гета с високом стопом криминалитета и других облика девијантног понашања, као што су проституција и самоубства. Као критички став упућује се оптерећеност субјективизмом код ових аутора.⁵³

51 Игњатовић, Ђ., *op. cit.*, стр. 158.

52 Милутиновић, М., *op. cit.*, стр. 139.

53 Бошковић, М., *Криминологија*, Нови Сад, Правни факултет у Новом Саду, 2005., стр. 56-58.

Према економској теорији, економски модел злочина поставља појединце који бирају између криминалитета и легалног рада у зависности од могућности, награде и цене коштања сваке посебно. Тако, појединци бирају да ли ће се бавити легалним послом или криминалом у зависности од прилика за добијање посла и наднице на легалном тржишту у поређењу са могућностима илегалне зараде, ризика откривања и врсте и тежине казне која је за то дело прописана, под условом да особа предузме илегалну активност. Док је на самом почетку настанка овог објашњења суштина била у избору између легалног и илегалног поступања, касније се учење проширило и на ситуације када се нека особа у истом периоду времена бави и легалним и илегалним послом. То је посебно важно нагласити за периоде када се могу добити само повремене послови ниског квалитета, са или без имало сигурности и који су слабо плаћени. У овој се теорији истиче да уколико дође до погоршања у економији, у смислу смањења посла или још слабијег плаћања, криминалитет ће се повећати.⁵⁴

Теорија контроле назива се и теоријом друштвених спона или теорија социјалних веза коју заступа Тревор Хирши (Trevor Hirschi). Према једној варијанти овог учења, које је Хирш заступао 1969. године, нагласак је на социјалним везама према породици, школи, послу, свакодневним активностима и веровањима која изолују људе од криминалних активности. Прва упоришна тачка социјализације је *оданост* изражена према породици и школи, док је друга *преданост*, а односи се на време, енергију и напоре у едукативним социјалним напорима које личност везују моралним вредностима друштва. Трећи облик социјалних веза је *учешће*, односно заокупљеност активностима у оквиру конвенционалних интереса заједнице. Та ангажованост, према Хиршију, оставља мало времена за девијантно понашање. Последњом тачком или социјалном везом Хирш сматра *веру* која наглашава систем социјалних вредности, у смислу поштовања закона, људи и институција које их примењују.⁵⁵

Објашњење повезаности беде и криминалитета, које нуди приступ теорије опортунитета односно рутинских активности, развили су Коен и Фелсон (Cohen, Felson). Ови аутори полазе од схватања да криминалци врше рационалан избор и то тако што бирају жртву која омогућава велику добит уз мало напора и ризика. Велики део ове теорије оријентисан је на испитивање како стил живота, односно свакодневне (рутинске) активности људи утичу на могућност за вршење криминалног понашања. Тумачећи криминалитет као масовну појаву, Коен и Фелсон истичу три елемента која доприносе јављању криминалног понашања: мотивисани

54 Hale C., Hayward K., Wahidin A., Wincup E., op. cit., стр. 328-329.

55 Marsh, I., *Theories of Crime*, London and New York, Routledge, 2006. стр. 109.

учинилац, погодна жртва и одсуство способног чувара. Промене у рутинским активностима (повећање запослености оба брачна друга, учесталија путовања, заснивање самачког домаћинства) доводе до тога да многе куће и станови остају празни током дана и стављају људе у околности у којима су лишени чувара, односно заштите од криминалитета.⁵⁶

Кантор и Ленд (Cantor, Land) указују на то да ће растућа незапосленост имати последице у односу на повећани број мотивисаних учинилаца и способних чувара. Број мотивисаних учинилаца вероватно ће се повећати пред растућом незапосленошћу, али ће зато порастити и број способних чувара јер ће већи број незапослених појединаца остати код куће. Тиме ће они обезбедити чување сопствене имовине, али и повећати степен неформалне друштвене контроле усмерене на понашање суседа. С друге стране, самим тим што незапослена особа не путује на посао и са посла смањује се ризик виктимијације од уличног злочина.⁵⁷

Мере превенције

Неке од предложених мера превенције уличног криминалитета могуће је тумачити у најширем контексту жртава недозвољених понашања на јавним местима. Тако је питање помоћи *деци са улице* покренуто на Десетом Конгресу УН о превенцији криминалитета и поступању са учиниоцима, априла 2000. године. У дискусијама учесника конгреса, представник Венецуеле нагласио је да је 2000. године у овој држави донет посебан закон који се односи на заштиту деце са улице, као и напуштених адолесцената, при чему је нагласио да ће само тада „социјална правда постати законска правда“.⁵⁸

Комитет министара Савета Европе усвојио је 1991. године препоруку Но. Р (91)11 која се односи на сексуалну експлоатацију, порнографију и проституцију деце и младих људи и трговину људима у вези са тим.⁵⁹ У

56 Reid, S.T., *Crime and Criminology*, Boston, McGrawHill, 2003., стр. 136.

57 Hale C., Hayward K., Wahidin A., Wincup E., op. cit., стр. 330.

58 Press Release CRIME/V/6: *UN Congress Discusses Worldwide State of Crime and Criminal Justice*, 11 April 2000., <http://www.uncjin.org/Documents/10thcongress/10cPressrel/crimev6.htm> приступ: 9.3.2009.

59 Recommendation No. R (91) 11 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Sexual Exploitation, Pornography and Prostitution of, and Trafficking in, Children and Young Adults, (adopted by the Committee of Ministers on 9 September 1991 at the 461st meeting of the Ministers' Deputies), http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/CE_recommendation_1991_11.doc приступ: 9.3.2009.

делу Ц. под називом „Мере које се односе на проституцију деце и младих“, тачка 2. односи се на „децу у ризику“, посебно на „децу са улице“, као и на неопходност установљивања мобилних тимова за пружање социјалне помоћи. Ти тимови би успоставили стални надзор и контакт са „децом са улице“, у циљу да помогну да се деца врате породицама или да их усмере на одговарајуће службе за пружање медицинске помоћи, обуке и образовања.

На нивоу Европске уније донета је 28. маја 2001. године Одлука о успостављању мреже за спречавање криминалитета у Европи. Овај документ не садржи одредбе о сузбијању и спречавању уличног криминалитета, већ у уводним одредбама (4) наводи неопходност развијања „мера за сузбијање криминалитета, размену најбоље праксе и јачање мреже стручних, државних органа за спречавање криминалитета, као и сарадње између националних организација специјализованих на том пољу, посебно да та сарадња као водеће приоритете треба да има малолетничку делинквенцију, криминалитет у граду и криминалитет у вези са дрогом“.⁶⁰

Конференција о најбољој пракси у вези са насилничким уличним криминалитетом⁶¹, одржана 2005. године у Великој Британији, такође је, за поједине облике испољавања насилничког уличног криминалитета, предложила извесне мере превенције. Тако су, разматрајући питања везана за перспективу самих жртава, учесници сучељавали своја схватања, па су неки од њих нагласили да се „у виктимологији, као посебној криминолошкој дисциплини, последњих година све чешће разматра питање постојања злочина без жртава. Стога, реч „жртва“ треба користити само у случајевима када се над неком особом врши тежи злочин јер испољавање извесних забрањених поступака (попут жвакања жвакаће гуме на улици, према прописима у Сингапуру), не доводи до процеса виктимизације и нико не постаје очигледна жртва. С друге стране, истиче се да концепт злочина без жртве минимализује значај криминалног понашања и помаже злочинцима да избегну одговорност за своје поступке“.⁶² У таквом ставу „нагињања“ према правима извршилаца, а не жртава, поставило се као оправдано питање да ли једно друштво треба да охрабрује своје грађане да пријављују дела уличног криминалитета полицији, чиме би преоптерећеност полицијске службе утицала на њихову умањену способност да реше све пријављене случајеве недозвољеног понашања.

60 Council Decision of 28 May 2001 setting up a European crime prevention network, (2001/427/JHA), Official Journal of the European Communities 8.6.2001., L 153/1 http://www.eucpn.org/docs/l_15320010608en00010003.pdf приступ: 23.4.2009

61 Видети: *EUCPN Best Practice Conference on Violent Street Crime*, loc. cit.

62 Видети: *EUCPN Best Practice Conference on Violent Street Crime*, op. cit. стр. 4.

Осим тога, предложене су и извесне конкретне мере превенције везане за појединачне облике испољавања уличног криминалитета као и у односу на његове учиниоце. За младе особе, које као учиниоци или жртве партиципирају у уличном криминалитету, предложено је да држава утиче на ширење мреже спортских активности, доступности образовних процеса и запошљавања младих, као и учешћа школских полицајаца који би непосредно спречавали криминалне активности деце. Употреба алкохола може бити умањена и од стране барова и клубова, као места окупљања младих, који треба јавно да истакну упозорења везана за конзумирање алкохола, обезбеде сигурне такси службе или одбију да услуже клијенте који су већ под дејством алкохола.

Кампање против употребе дрога морају бити вођене по јасно дефинисаним програмима које доносе државе (у складу са Стратегијомн Европске уније за борбу против дрога из 1999. године, на пример).

Посебно су занимљиве мере које се препоручују у смањењу вршења убистава ножевима. Законодавство Шкотске, тако, садржи низ мера за спречавање убистава и насилничког криминалитета уопште употребом ножева. Неке од мера, донете 2004. године, односе се на: удвостручавање казне за поседовање ножа; учесталост заустављања, претресе и хапшења сумњивих особа; подизање доњег минимума са 16 на 18 година старости за набавку ножева; цензурисање продаје ножева који нису за домаћинство и забрану продаје мачева.

Као посебне мере препоручују се оне које ће утицати на смањење уличних разбојништава. Предлаже се да полицијски службеници треба да буду „уши и очи“ у центрима градова. Они имају задатак не само да уоче вршење злочина, већ и да упозоравају могуће жртве, некада чак обучени као продавци цвећа или бескућници. Локалне продавнице треба да имају фотографије познатих криминалаца и да њихови власници прођу обуку да препознају сумњиве активности појединаца.⁶³

У појединим развијеним земаљама Европе, попут Велике Британије, покренут је, на државном нивоу, посебан програм под називом *Иницијатива у вези са уличним криминалитетом (The Street Crime Initiative SCI)* марта 2002. године, у циљу сузбијања нараслог обима уличног криминалитета. Улична разбојништва достигла су такве размере да је Влада морала да интервенише да би умирила јавно мњење и медије који су исказали „изразиту забринутост због нивоа криминалитета на улицама“.⁶⁴

63 Видети: *EUCPN Best Practice Conference on Violent Street Crime*, op. cit. стр. 7-15.

64 Видети: *Street Crime*, „Tackling Robbery: Practical Lessons from the Street Crime Initiative“,

Иницијатива је закључена марта 2005. године, а окупљала је велики број агенција и секретаријата при Влади, на националном и локалном нивоу, у једну заједничку акцију спречавања уличног криминалитета. На Иницијативи је било ангажовано преко 2.000 полцијских службеника, у 10 градова Енглеске и Велса.⁶⁵ До краја марта 2005. године разбојништва су опала до 32%, што је обухватило број од 32.527 злочина уличног криминалитета мање него у 2004. години. Без обзира на то што је Иницијатива окончана 2005. године стечена практична искуства и савети се и даље примењују.⁶⁶

Предлози⁶⁷ превентивних мера, са читавим низом практичних питања о превенцији уличног криминалитета и постизању безбедности становништва на улицама могу се наћи и на сајтовима влада појединих држава. Питања се обично односе на спречавање виктимизације, почев од тога како починилац бира жртву, да ли одећа или начин ношења торбе могу утицати на вршење злочина, па све до питања ношења оружја ради личне заштите. Прегледно постављени сајтови, са визуелним и звучним одговорима, чине да информације буду доступне широком слоју становништва, у циљу постизања личне безбедности на улицама.

Закључак

Потребе становништва једне земље настају и задовољавају се у одређеним друштвеним, историјским и свакако ситуационим околностима. Уколико су друштвени услови релативно постојани дуже времена, постоји основ за развој одређеног круга потреба које излазе из оквира егзистенцијалног минимума и утичу на побољшање квалитета свакодневног живљења. Поновно указивање на значај изучавања уличног криминалитета у 21. веку и враћање на традиционална схватања у виктимологији може, по изложеним емпиријским показатељима, да има велику улогу у смањењу квоте криминалитета у савременим државама Европе, наравно и код нас.

На домаћем простору, почев од последњих ратова па све до уласка у 21. век, осиромашени средњи слој, који је некада могао успешно и легално

<http://www.crimereduction.homeoffice.gov.uk/violentstreet/violentstreet06.htm>, приступ: 16.7.2009.

65 *The Oxford Handbook of Criminology*, (ed. by Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner), Oxford University Press, 2007., стр. 266.

66 Видети: *Street Crime*, „Tackling Robbery: Practical Lessons from the Street Crime Initiative“, loc.cit.

67 Видети, као пример: *Violent Crime & Street Crime*

<http://www.videojug.com/tag/violent-crime-and-street-crime>, приступ: 13.7.2009.

да задовољи своје разноврсне потребе, много веће од егзистенцијалног минимума, изгубио је економску моћ и свој утицај на различите сфере друштвеног живота. Ни пре ни после распада заједничке државе, улични криминалитет није био предмет расправе научне, као ни стручне јавности, код нас. Неопходно би било да се у домаћој криминолошкој књижевности одрживост поставки традиционалних теорија о утицају сиромаштва на појаву различитих облика недозвољених понашања, посебно уличног криминалитета, доведе у осавремењени контекст, уважавајући чињеницу да слоју сиромашних становника, у домаћим условима, сада припада нека друга, нетрадиционална структура становништва.

Без промена у економској сфери живота и стварања могућности да се задовоље нарасле потребе становништва на легалан начин, немогуће је остварити генералну превенцију криминалитета, као масовне друштвене појаве. Међутим, то није једини предуслов за опадање квоте криминалитета, у било ком модерно организованом друштву. Новоизграђени став, који је већ постао део културалног миљеа нових генерација, да је нелегално лакше, брже и успешније стицати материјална добра, биће много теже искоренити. На одраслима је ипак, да млађим генерацијама врате веру у традиционалне, опште прихваћене вредносне ставове, по којима рад има одлучујућу улогу у вертикалној мобилности једне друштвене заједнице.

Prof. Miomira Kostić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,

STREET CRIME

Summary

In the article, the author explores the concept of street crime as a criminological phenomenon and points to the correlation and cause-effect link between poverty and crime, particularly street crime. At the beginning of the 20th century, street crime was defined the focal point in victimological studies, when it was defined from the theoretical standpoints of positivist victimology. Today, given the current social circumstances and the huge gap between the rich and the poor, this subject matter is once again in the focus of victimologists' interest. Since the outset of the 21st century, numerous articles and scientific conferences have recurrently emphasized the importance of combating street crime as the most apparent form of victimization.

Keywords: (violent) street crime, robbery, mugging, poverty, victimization.

Др Милена Јовановић Zattila,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347.728.4

Марија Драгићевић, докторанд
Правни факултет Универзитета у Нишу

НАЧЕЛО ЈАВНОСТИ ЕМИСИЈЕ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

Апстракт: У раду се анализира начело јавности емисије хартија од вредности и указује на концептуалне недостатке, грешке, нејасноће и правне празнине у његовом регулисању које су постојале до доношења Закона о тржишту капитала 2011. године, али које постоје и након његовог доношења. Аутори објашњавају суштину овог начела, дају приказ његовог уобичајеног начина регулисања у упоредном праву, пре свега у праву ЕУ, указују на усамљеност решења која су у српском праву тржишта капитала постојала до доношења Закона о тржишту капитала и истичу главне новине (врлине и мане) новог закона у уређењу овог питања. На крају, аутори закључују да је нови начин регулисања начела јавности емисије корак напред у процесу усклађивања нашег права са правом ЕУ, али да је, због низа грешака и нејасних законских одредаба, ограниченог домашаја и да одступа од права ЕУ у овој области.

Кључне речи: емисија хартија од вредности, начело јавности емисије, јавна понуда, јавно друштво, емитент.

1. Увод

Замишљено као један од основних механизма за превладавање нетржишног, договорног регулисања економских процеса у периоду самоуправљања – уз приватизацију и рехабилитацију привредних друштава и тржишно реструктурирање банака, као и нову улогу централне банке, финансијско тржиште у Републици Србији добило је своје институционалне основе кроз системске законске прописе донете у првој половини деведесетих година прошлог века.¹ Након тога је отпочео мукотрпан процес формирања финансијске активе, регулаторног оквира заштите инвеститора, демонополизације финансијског посредовања, валоризације финансијске активе, као и изградње поверења инвеститора (Васиљевић, 2006: 337).

Резултати наведених процеса нису онакви какви су се очекивали. Иако је имала бољу почетну позицију у односу на друге земље у транзицији, Србија није успела да ту позицију претвори у лидерску. У Србији, од деведесетих година па до данас, тржиште капитала није функционисало, иако постоји одређена законска регулатива. Значајан део проблема, а самим тим и део решења, јесте отклањање бројних нејасноћа и проналажење праве мере између национално прилагођене регулативе и међународних стандарда. Српско позитивно законодавство је поједине институте на тржишту капитала регулисало на неадекватан начин, док су поједини институти остали потпуно нерегулисани. При томе треба имати у виду да је домаће тржиште капитала настало као последица трансформације друштвеног и државног капитала у друге облике власништва приватизацијом, те је такав законски оквир довео до различитих импликација и настанка одређених специфичности српског тржишта капитала (Живковић, 2010: 27).

С обзиром на међународно-правну позицију и оријентацију наше земље (приступање ЕУ), као и на чланство Комисије за хартије од вредности у Међународној организацији комисија за хартије од вредности – IOSCO, она мора прихватити и испунити обавезе чланства, па је очекује комплексан

1 Сам појам финансијско тржиште даје могућност за широко тумачење. Аутори, који употребљавају овај појам, финансијско тржиште дефинишу помоћу појмова учесника и инструмената финансијског тржишта. Тако, према једној од дефиниција, финансијско тржиште је организовано место и простор на коме се траже тј. нуде финансијска новчана средства и на коме се, у зависности од понуде и тражње, организовано формира цена тих средстава (Видети: Комазец, Здравковић, Ристић, Живковић, 1998: 22; Маринковић, 2011: 3). Тржиште хартија од вредности је један од сегмената финансијског тржишта на коме се одвија купопродаја хартија од вредности између имаоца и купца хартија од вредности непосредно или преко посредника (Видети: Вуњак, 1995: 374; Ђорђевић, 2002: 5). Има и мишљења према којима је тржиште хартија од вредности финансијско тржиште у ширем смислу (Видети: Витез, 2000: 46).

процес усклађивања комплетне правне регулативе са директивама ЕУ чији су принципи обавезујући за све земље чланице. У том смислу, разумљиво је настојање нашег законодавца да се одредбе закона којима се регулише тржиште хартија од вредности у значајној мери приближе регулативи развијених земаља, усагласе са стандардима постављеним директивама ЕУ² и базирају на елементарним принципима IOSCO-а³ и ОЕСД-а. Тако је, у мају 2011. године, донет пети по реду закон у овој области⁴ - Закон о тржишту капитала⁵ (у даљем тексту: ЗТК). Шест месеци по његовом ступању на снагу, укинут је Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената⁶ (у даљем тексту: ЗОТХВ). Тиме је престао да важи закон којим је држава принудила превелик број друштава да буду јавна друштва, као и да се укључе на јавно и организовано тржиште. Једна од крупних слабости претходног закона односила се на концепт обавезности

2 Једна од кључних директива ЕУ за ову област је Директива број 2004/39/ЕЦ о тржиштима финансијских инструмената - MIFID (*Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/EEC and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC*, Retrieved 24, Jun 2014, from http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/124036e_en.htm). Суштина новог правног режима тржишта хартија од вредности у ЕУ је стварање интегрисаног финансијског тржишта на коме су инвеститори ефективно заштићени и на коме је очувана ефикасност и јединственост тржишта. Не дозвољава се могућност да држава чланица захтева да се трговање финансијским инструментима одвија на посебним берзама и подстиче се слободна конкуренција широм Европе између учесника тржишта капитала у циљу побољшања и појефтињења услуга у трговини. Тржишна утакмица је свеопшта, јер постоји у три групе односа: 1) између издавалаца; 2) између организатора тржишта, и 3) између трговаца (Видети: Монтиљо-Михајловић, 2013: 148-165). Имајући у виду да директиве ЕУ које регулишу ову област представљају директиве максималне хармонизације, није било потребно упоређивати разлике у правном уређењу начела јавности емисије на ширем компаративном узорку.

3 Међународна организација за комисије за хартије од вредности (IOSCO), на својој годишњој конференцији у Најробију 1998. године, усвојила је три циља регулативе хартија од вредности и тридесет принципа ове регулативе, груписаних у осам категорија. Основни циљеви регулативе хартија од вредности су: 1) заштита инвеститора; 2) обезбеђење да тржиште хартија од вредности буде фер, ефикасно и транспарентно и 3) смањење системског ризика (*Objectives and Principles of Securities Regulation, International Organization of Securities Commissions, September, 1998*, Retrieved 15, July 2014, from <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>). (Видети: Васиљевић, 2000: 12-14).

4 Новија историја тржишта хартија од вредности Србије је кратка и траје нешто дуже од четврт века, али је богата законима, јер их је променила чак пет (1988, 1995, 2002, 2006 и 2011).

5 Закон о тржишту капитала – даље у фуснотама ЗТК, *Сл. гласник РС*, 31/11

6 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената – даље у фуснотама ЗОТХВ, *Сл. гласник РС*, бр. 47/06

издавања серијских хартија од вредности јавном понудом. Он се састојао у томе што је сваки издавалац (како јаван, тако и приватан), ако одлучи да прикупља капитал издавањем хартија од вредности, био дужан да то учини јавно (упућивањем јавне понуде). Нови закон укида принудну јавност емисије. Издавалац не мора више бити јавно друштво тј. емисију не мора обављати јавним путем. У његовој је диспозицији да ли ће хартије од вредности издавати упућивањем јавне или приватне понуде. Али, ако се одлучи да обави јавну емисију, постаје јавно друштво и обавезан је да све будуће емисије обавља јавно, осим у законом допуштеним изузецима.

Поред ове, Закон о тржишту капитала доноси тржишту хартија од вредности Србије и мноштво других новина у односу на стари закон. Међутим, упркос томе што постојећи ЗТК представља побољшање у односу на ранији, он и даље није усаглашен са правом ЕУ у бројним аспектима. Закон изоставља многе кључне захтеве предвиђене директивама ЕУ, а управо ти захтеви одражавају најбољу праксу везану за хартије од вредности која се може и мора применити у Србији. Због наведене неусклађености са прописима ЕУ очекивало се да ће ЗТК до 2014. године бити замењен новим законом (будући да садржи озбиљне мане које се не могу отклонити изменама и допунама закона), али се то до данашњег дана није догодило.⁷ Из тих разлога, опредељивање аутора за истраживање ове теме јесте тежња да укажу на неке, бар значајније, новине (врлине и мане) овог закона у регулисању начела јавности емисије хартија од вредности, али и на потребу суштинске реформе нашег права у овој материји.

2. Емисија хартија од вредности

Мада су потребе привредног друштва за капиталом превасходно детерминисане његовом величином и врстом пословања, ипак је чињеница да начин покрића тих потреба представља аутохтону одлуку менаџмента (Иваниш: 2012, 1). Генерално гледано, привредни субјект који намерава да започне неки привредни или финансијски подухват има три могућности да сакупи капитал ради улагања у подухват: генерисање сопствене акумулације, узимање зајма од неког лица (нпр. банке) или сакупљање од улагача продајом хартија од вредности на тржишту. Пошто су зајмови обично скупи, а процес акумулације штедње траје дуго, често се као најповољнија могућност сакупљања капитала јавља емисија дужничких или власничких

⁷ Стручна јавност очекивала је да ће се до 2014. године Закон о тржишту капитала променити или да ће бити донет нов закон, због обавезе усклађивања домаћег права са правом ЕУ коју је Србија преузела према Европској унији Споразумом о стабилизацији и придруживању из 2008. године. Рок за усклађивање, према Споразуму, је шест година, што значи да је истекао 2014. године (Видети: Јовановић, 2011: 228-302).

хартија од вредности⁸ инвеститорима, власницима вишкова капитала, непосредно или посредством финансијских институција.⁹

Емисија је *правни посао продаје* хартија од вредности. Од осталих уговора о продаји, продаја у емисији се разликује по томе што је у њој продавац издавалац, као стваралац хартија од вредности, а купац је лице које је њихов први ималац. Поред овог материјалноправног, постоји и процесноправно одређење емисије. Према њему, емисија је један *поступак*. То значи да је она низ правно уређених радњи издаваоца, трговаца и улагача, којима се хартије од вредности продају њиховим првим имаоцима. За разлику од поступака пред државним органима, емисија је пословни поступак, јер га „воде“ пословни субјекти чији је циљ да прикупе планирани капитал на тржишту (Јовановић, 2001: 44).¹⁰

3. Јавна емисија хартија од вредности

Емисија хартија од вредности може се пласирати широком кругу инвеститора или ужим групама, односно појединим инвеститорима. Према доступности емисије јавности, емисија може да буде приватна или јавна.¹¹

8 Термин хартија од вредности или вредносни папир помало је архаичан, али општеприхваћен најопштији назив за преносиве финансијске инструменте. У Србији су серијске хартије од вредности дематеријализоване. Дематеријализација је процес у коме хартија од вредности губи свој материјални облик и постаје електронски запис у одговарајућем регистру. Зато је исправније говорити о вредносним исправама, вредносницама. Међутим, због устаљености и општеприхваћености израза „хартија од вредности“, у раду ћемо користити израз хартије од вредности, али и израз вредноснице, у циљу избегавања одређених језичких понављања.

9 Финансирање привредних друштава емисијом хартија од вредности у привредној пракси земаља у транзицији (укључујући и Републику Србију) имало је маргиналан значај, па се отуда предности и методе таквог начина финансирања недовољно познају (Видети више: Божић, Тодоровић, 2011: 98).

10 *Са економског гледишта*, емисија је начин на који поједини привредни или други субјект позајмљује уштеђени капитал од његових ималаца. Лице које нема довољно сопствених средстава за улагање у неке делатности, узамљује капитал од других лица која га имају. Том приликом им даје (продаје) хартије од вредности, у замену за позајмљени новац (или друге имовинске вредности), као потврде својих дугова (Ћосић, Јоргић, Пујић, 1991: 17).

11 Основни извор права за емисију хартија од вредности у Републици Србији је Закон о тржишту капитала. Поред овог закона, који представља неку врсту делимичне кодификације, будући да на јединствен и свеобухватан начин уређује тржиште капитала, у групу закона значајних за ову област права могу се сврстати и: Закон о преузимању акционарских друштава, *Сл. гласник РС*, бр. 44/06, 107/09 и 99/11, Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/2014 – др. закон и 5/15, Закон о инвестиционим фондовима, *Сл. гласник РС*, бр. 46/06, 51/09, 31/11 и 115/14

3.1. Појам јавне емисије

Јавна емисија (енг. *public offering*) је она у којој емитент јавно нуди на продају хартије од вредности унапред неодређеним лицима, тако да свако понуђено лице има право да их купи под објављеним условима. Јавна емисија хартија од вредности претпоставља пласман великом броју инвеститора, у складу са посебним уговором који региструје и контролише регулаторни (државни) орган (Van Horne, 1989: 496). Ова врста емисије подразумева да компанија мора испунити законом прописане услове за емисију тј. да региструје хартије код Комисије за хартије од вредности и понуду упуту најширој инвестиционој јавности у квантитативном, квалитативном и функционалном смислу. Уместо јавне емисије, продаја на примарном тржишту може имати облик приватног пласмана (енг. *private placement*). Приватна емисија је она у којој издавалац продаје хартије од вредности без употребе икаквог средства оглашавања. Она не сме да се учини доступном јавности, јер се тада сматра јавном (Јовановић, 2009: 464). Примењује се када се жели избећи процедура регистрације хартија од вредности код Комисије за хартије од вредности, а издавалац се договара са неколико већих инвеститора о продаји хартија од вредности (Живковић, 2010: 28).

Иако се у упоредноправној пракси емисија хартија од вредности чешће врши приватном понудом, институт јавне емисије има далеко већи правни значај. Правом се, по правилу, уређује само нормативни оквир за вршење јавне емисије, док приватна емисија углавном остаје изван оквира интересовања „законодавца“ (Марјански, 2009: 1). Разлог томе је што је јавна емисија ризичнија по улагаче, стабилност тржишта и по привреду целе земље на чијем се подручју обавља. Њом може да се доведе у заблуду мноштво неуких улагача у погледу исплативости и ризичности куповине јавно понуђених хартија од вредности, услед чега може да настане поремећај на тржишту хартија од вредности кад заблуда престане (Јовановић, 2009: 145). Зато адекватно правно обликовање поступка јавне емисије долази до изражаја и са аспекта појединачног инвеститора и са једног ширег аспекта – са становишта потребе обезбеђивања несметаног функционисања тржишта капитала.

Закон о приватизацији, *Сл. гласник РС*, бр. 83/14 и 46/15 и др. Значајни су и подзаконски акти Комисије за хартија од вредности, као што су уредбе, правилници и упутства о садржини и форми проспекта и јавног позива. Законске одредбе употпуњују се и изворима права приватноправног карактера које доносе организатори тржишта и учесници на тржишту капитала. Најзад, и сама издаваочева одлука о емисији јесте извор права, јер се њом на општи начин уређују права и обавезе ималаца хартија од вредности које се издају.

3.2. Јавна понуда хартија од вредности

Средство претварања емисије из нејавне у јавну јесте јавна понуда, као посебно уређена врста опште понуде. Дуго се у позитивном праву избегавало дефинисање јавне понуде хартија од вредности, због различитог схватања општег појма понуде, као и појма јавности понуде. Међутим, у последњих неколико година доста је учињено на плану унификације права тржишта капитала у оквирима ЕУ, што је резултирало њеним дефинисањем у Директиви ЕУ о проспекту.¹² Потом је уследила имплементација поменуте Директиве у национална законодавства. Сада закони држава чланица ЕУ који регулишу тржиште капитала садрже мање више сличну дефиницију јавне понуде оној у Директиви. Када је у питању појам јавне понуде у нашем праву, постоје разлике у њеном одређењу између претходно важећег ЗОТХВ и новог ЗТК. Међутим, ниједно од ових одређења није без недостатака.

Према ЗОТХВ „јавна понуда хартија од вредности је јавни позив упућен неодређеном броју непознатих лица да изврше упис и уплату хартија од вредности у поступку примарне јавне понуде или да купе хартије од вредности у секундарној јавној понуди“.¹³ Главна примедба оваквом одређењу јавне понуде се састоји у томе, што се путем њега на један формалан, а не суштински начин настоји утврдити појам јавности. Наиме, из цитиране законске дефиниције произлази да ако би издавалац у својој понуди бројчано означио лица којима је она упућена, она би била приватна. Чак и ако би та лица остала непозната не би се радило о јавној, већ о приватној понуди, јер не би био испуњен квантитативни критеријум. Практична последица тога је могуће избегавање обавезе објављивања проспекта кроз одговарајућу језичку формулацију (Марјански, 2009: 24). Осим наведеног, споран је био и израз „непозната лица“, тј. спорно је било да ли су она морала бити непозната издаваоцу односно понудиоцу или је довољно било да је понуда упућена непознатим, тј. у понуди неназначеним лицима (Ellenberger, 2001: 87)?

Овакве пропусте у одређењу појма јавне понуде законодавац је покушао да реши новим ЗТК, и то усвајањем дефиниције дате у Директиви ЕУ о проспекту из 2003. године. Тако, према новом ЗТК „јавна понуда хартија од вредности је свако обавештење дато у било ком облику и путем било ког средства, а које даје довољно података о условима понуде и о хартијама од

12 Directive Directive 2003/71/EC of The European Parliament and of The Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, Retrieved 24, Jun 2014, from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0064:0089:EN:PDF>

13 Чл. 8. ЗОТХВ

вредности из понуде тако да се инвеститору омогући доношење одлуке о куповини или упису ових хартија од вредности, а јавном понудом се сматра и понуда и продаја хартија од вредности преко финансијских посредника, односно покровитеља и агента“.¹⁴

Ако би се дословно тумачио израз „обавештење“ могао би се извести закључак да је обавештење усмерено само на упознавање јавности, те се не би знало да ли мора постојати и изјава воље онога ко даје обавештење да позове јавност да учини понуду за стицањем хартија од вредности. Ипак, други део реченице указује на то да ово обавештење нема само за циљ да упозна јавност, већ и да потенцијалним улагачима омогући да донесу одлуку о упису и куповини хартија од вредности (Kalss, Oppitz, Zollner: 2005, 251). Очигледно да је настојање законодавца било да укаже да опште информације о издаваоцу не представљају понуду, већ да из обавештења мора јасно проистећи намера издаваоца да хартије од вредности отуђи (Марјански, 2009: 26-27).

Други елемент изложене дефиниције јавне понуде је *довољност података* „о условима понуде и о хартијама од вредности из понуде тако да се инвеститору омогући доношење одлуке о куповини или упису ових хартија од вредности“. Из овога јасно проистиче да један генерално сачињен оглас, који само служи да представи издаваоца или да опише врсту хартија од вредности које ће бити понуђене, без назначавња оквирних услова понуде, не представља јавну понуду хартија од вредности (Groß, 2006: 273). Ипак, у вези са овим елементом појма јавне понуде постоје извесне нелогичности. Наиме, један од услова да се упуту јавна понуда је претходно или истовремено објављивање проспекта. Стога се намеће питање зашто јавна понуда мора садржати довољно података које би омогућиле доношење инвестиционе одлуке, када пројекат такође треба да буде усмерен на информисање улагача (Gruber, 2007: 27).¹⁵ Оно што, међутим, представља још већи проблем, јесте које последице наступају ако понуда не садржи довољно података. Понуда без довољно података не би представљала јавну понуду. У складу са тим, по правилу, не би постојала ни обавеза објављивања проспекта. При томе би таква понуда могла бити упућена јавности. То би довело до парадокса да понуда која нема уопште или која не садржи довољно података не би изазивала обавезу претходног објављивања проспекта, па би улагач у потпуности остао без потребних информација (Gruber, 2007: 27). Јасно је да је намера законодавца била јачање заштите

14 Чл. 2. ст. 1. тач. 37. ЗТК.

15 Према чл. 11. ЗТК „ништава је свака јавна понуда хартија од вредности у Републици ако се врши без претходног објављивања валидног проспекта, осим у случајевима прописаним одредбама закона“.

потенцијалних улагача, али је оваквим дефинисањем јавне понуде створен супротан ефекат.

Као што је у дефиницији нејасно шта се подразумева под понудом, ни трећи елемент дефиниције - појам „јавности“ понуде није јасно одређен. Једино се са сигурношћу може рећи да јавност може бити успостављена путем свих врста медија (као што су телевизија, радио, новине, електронски информациони системи, интернет, слање поштанских пошиљки и сл.) (Марјански, 2009: 28).

Још један пропуст у одређењу појма јавне понуде који чине законописци је-сте чињеница да у ЗТК овај појам није јасно разграничен од других сличних појмова. Овакав закључак се изводи, између осталог, из чињенице да се у чл. 32 ЗТК мешају основни појмови јавне понуда, јавног позива и проспекта. Тако, каже се да „јавна понуда почиње...“ што је бесмислено, јер само радња јавне продаје има почетак и крај, а јавна понуда има само важење. Такође, у том члану одређује да је јавни позив саставни део проспекта, а он је у ствари, део јавне понуде или бар исто што и јавна понуда, при чему је јавна понуда правни институт, а проспект техничко-правни инструмент за остваривање захтева јавности (Јовановић, 2011: 299).¹⁶

4. О садржају начела јавности емисије хартија од вредности

Правни системи који уређењу тржишта хартија од вредности приступају озбиљно, посебно детаљно уређују њихову емисију, нарочито ако је јавна. Циљ ових правила је пре свега да заштите инвеститоре и то тако што ће: 1) осигурати да свака нова емисија буде праћена потпуном информацијом о емитенту, и 2) да забране давање нетачних података и других преварних радњи приликом пласмана хартија од вредности (Дабић, 1990: 48). Због тога су многа од тих правила императивна и представљају ограничење слободе воље емитента у спровођењу емисије. Главни ризици за улагаче јесу куповина хартија непостојећег (привидног) издаваоца и куповина хартија од вредности по превисоким ценама услед неадекватног оглашавања њихове продаје. Пошто су ризици заједнички свим земљама, упоредно право махом усваја иста начела уређивања јавне емисије, због чега су она постала општеприхваћени стандард (Јовановић, 2003: 466).

Основно начело је слобода настајања јавног друштва. Јавно друштво је правно лице, чијим се хартијама од вредности које је издало, јавно тргује. Уобичајено је да је јавно друштво, по свом организационом облику, акционарско друштво, али може да буде и било који други облик

16 Чл. 32. ЗТК

привредног друштва (нпр. друштво са ограниченом одговорношћу, ортачко или командитно друштво), па и свако друго правно лице (нпр. задруга, задужбина, град) (Јовановић, 2011: 303).¹⁷ Пошто је јавна трговина хартија од вредности ризичнија од приватне, упоредно право предвиђа строже услове за постојање јавног, него приватног друштва.¹⁸ Без обзира на детаље у њиховом уређивању, битно је да упоредно право друштву односно његовим оснивачима оставља *слободу одлучивања*, да ли да буде јавно или приватно. Отуда нема законске принуде оснивања јавног друштва, нити претварања приватног друштва у јавно када се испуне прописани услови (Јовановић, 2003: 466).

Издавачева слобода избора између јавне и приватне емисије је ограничена начелом обавезе јавности. По њему, издавалац је дужан да емисије обавља јавно, осим у законом одређеним изузецима, када може да их обавља приватно. Ову дужност, међутим, у упоредном праву немају сви издаваоци, него само јавна друштва. Значи лице које није јавно друштво није дужно да обавља емисију јавно, већ оно може слободно да изабере да ли ће да обави јавну или приватну емисију. Ако одлучи да обави јавну емисију постаје јавно друштво (Јовановић, 2009: 466). Јавно друштво, кад је већ настало, обавезно је по закону да све будуће емисије обавља јавно. Дакле, јавном друштву, као емитенту, укида се слобода воље у избору начина емисије хартија убудуће, јер се принуђује да је обавља само јавно. Поред тога, јавно друштво је, по увођењу својих хартија од вредности у јавну трговину, дужно да убудуће стално извештава јавност о свом стању и пословању, док их из ње не повуче.

4.1. Начело јавности емисије хартија од вредности до доношења ЗТК

Упркос опште усвојеној слободи настајања јавног друштва, српско право је, до доношења новог ЗТК, било специфично по томе што није разликовало „обвезнике“ дужности истицања јавне понуде у емисији, како је изложено и како је уобичајено у упоредном праву. Наиме, ЗОТХВ обавезивао је на јавну емисију и лица која нису јавна друштва.¹⁹ Тиме су *сва лица* која одлуче да

17 За разлику од акционарског друштва које може да издаје како акције, тако и облигационе хартије од вредности, остала јавна друштва не смеју да издају акције, осим кад се претварају у акционарска друштва. Она могу јавно да издају само облигационе хартије од вредности, као што су обвезнице и записи.

18 Минималан број акционара, минималан капитал, слободна преносивост хартија, дужност редовног извештавања јавности о пословању и друго.

19 Према чл. 25. ЗОТХВ „Хартије од вредности се издају јавном понудом уз објављивање проспекта за издавање хартије од вредности и упућивања јавног позива за упис и уплату хартија од вредности, осим ако овим законом није другачије одређено“.

обаве емисију вредносница била начелно принуђена да је обаве јавно, да постану „јавна друштва“ и да све будуће емисије обављају јавно. Дакле, српско тржиште хартија од вредности је карактерисало *начело свеопште јавности емисије*, према коме је сваки издавалац обавезан да хартије од вредности издаје јавно, осим у законом предвиђеним изузецима, у којим је допуштена приватна (нејавна) емисија. Издаваоцу који не би испоштовао обавезу претварања у јавно друштво и укључивања на организовано тржиште претила је висока новчана казна (10-100% основног капитала) услед које је могао да падне у стечај. На тај начин се јавно тржиште вредносница ширило на рачун приватног (нејавног), па је могуће да се налазимо међу земље са највећим бројем јавних друштава у свету.²⁰ Свуда су јавна друштва само велика привредна друштва, које су способна да сакупе јавном емисијом велики капитал и да га профитабилно уложе у какав велики привредни подухват. Због тога су сразмерно малобројна у односу на приватна. Обавезивање емитената да серијске хартије од вредности издају јавном понудом обесхрабрује прикупљање капитала издавањем хартија од вредности од стране тзв. малих емитената. Пошто су јавна емисија и јавни промет хартија скупљи од приватне емисије и трговине, чини се да се оваквим „законским“ ширењем јавног тржишта код нас било претерало. Главна штета су велики трошкови одржавања хартија од вредности који падају на емитента. Нису сви емитенти „дорасли“ да одговоре условима предвиђеним за емитовање „хартија“ јавном понудом (недостатак економских и кадровских капацитета – велики трошкови, неопходно ангажовање правних, економских и финансијских стручњака, израда сложене документације – проспекта и финансијских извештаја, неизвесност таквог поступка и др.) (Марјански, 2009: 165). Овакво регулисање поскупљује пословање привредних друштава, услед чега привреди остаје мање прихода за инвестиције. Србија је сиромашна земља са малим бројем улагача у поређењу са земљама развијених тржишта хартија, па упркос томе, у Србији је био прихваћен знатно шири концепт јавног тржишта од оног који прихватају развијене земље.

4.2. Начело јавности емисије хартија након доношења ЗТК

Новим ЗТК, организација примарног тржишта хартија од вредности у Србији, чини се, усклађује се са оном која постоји у Европској унији. Наиме, нови закон укида *принудну јавност издавалаца*. Издавалац не мора

²⁰ Тако, у Србији је постојало преко 1.800 јавних друштава, од којих је само пет испунило критеријуме за пријем на листинг А Београдске берзе, као једине српске ефектне берзе, три за листинг Б, а сва остала су на организованом ванберзанском тржишту.

више да буде јавно друштво, тј. не мора да издаје хартије од вредности јавним путем, као што је морао по старом закону. Дакле, у његовој је диспозицији да ли ће „хартије“ издавати јавном или приватном понудом (начело слободе настајања јавног друштва). Али, ако јесте јавно друштво односно јавни издавалац, обавезан је да емисије обавља јавно, осим у законом допуштеним изузецима у којим сме да их обавља и приватно (начело обавезе јавности емисије за јавна друштва).²¹

Као последицу укидања принудне јавности емисије, законодавац је извршио и промене у начину дефинисања низа појмова. Имајући у виду предмет разматрања, указаћемо, само у основном, промене у начину дефинисања појмова оних субјеката емисије на које се начело јавности емисије односи – издаваоца хартија од вредности и јавног друштва.

Тако, према претходно важећем ЗОТХВ, *издавалац* је лице које издаје хартије од вредности јавном понудом. То значи да је појам издаваоца, с једне стране, био уско одређен, јер је био сведен само на јавног издаваоца. Приватни издаваоц, који продаје улагачима хартија од вредности нејавним путем (без јавне понуде), није био обухваћен појмом издаваоца, као да не постоји. С друге стране, појам издаваоца је био прешироко одређен. *Прво*, због тога што су се јавним издаваоцима сматрала и лица која су до ступања на снагу овог закона обавила емисију акција, макар и приватним путем. Тиме је било заведено рестриктивно дејство ЗОТХВ ради принуђивања свих акционарских друштава (нарочито оних која су спровела приватизацију) да укључе издате акције на јавно тржиште.²² *Друго*, зато што је закон издаваоцем сматрао и покровитеља емисије. Овакав приступ није био исправан. Емитент је лице које у своје име изда хартије од вредности њиховим првим имаоцима. Будући да покровитељ емисије прво уписује

21 Оваквом новином се, наизглед, прелази са досадашњег државно управљачког на слободно тржиште. Наиме, за разлику од слободних тржишта вредносница, које постоје у већини земаља, српско тржиште је до доношења новог закона било неслободно, због четири начела која су му законом била наметнута: начела дематеријализације, начела свеопште јавности емисије (примарно тржиште), начело свеопште организованости трговине вредносница (секундарно тржиште) и начело јединства котације. За разлику од *примарног тржишта* чија је организација унапређена укидањем обавезне јавности емисије за све издаваоце, организација *тзв. секундарног тржишта* на ком се препродају издате вредноснице у суштини остаје непромењена и битно одступа од суштине организације тржишта хартија од вредности у ЕУ. Суштинска новина на тржишту вредносница ЕУ је подстицање тржишног надметања између њихових учесника у циљу побољшања и појефтињења услуга у трговини. У постојећем „поретку“ на тржишту хартија од вредности Србије се новим законом ништа не мења, иако се укида принудна јавност издавалаца. Остао је, међутим, монопол берзи и монопол трговаца (Јовановић, 2011: 264).

22 Чл. 2. ст. 1. тач. 8., 249., 256. и 262. ЗОТХВ

хартије од вредности, па их даље нуди, јасно је да је покровитељ емисије први ималац, а не емитент хартија од вредности. ЗОТХВ је појам емитента погрешно поистовећивао са појмом покровитеља емисије, и то вероватно из разлога да спречи јавног издаваоца да избегне обавезу јавног издавања хартија од вредности и прибављања дозволе од Комисије за хартије од вредности путем „двостепене“ емисије. Проблем који може настати због евентуалног избегавања обавеза у вези са проспектом путем тзв. двостепене емисије, међутим, не треба решавати ширим дефинисањем емитента у који је укључен појам покровитеља емисије, што није теоријски исправан приступ, већ увођењем обавезе објављивања проспекта приликом упућивања сваке јавне понуде и одређивањем понудиоца као адресата обавезе у вези са проспектом (Марјански, 2009: 83-84).

Према новом ЗТК издавалац је „домаће или страном правно лице које издаје или предлаже издавање хартија од вредности или других финансијских инструмената, а уколико се ради о депозитним потврдама, издаваоцем се сматра лице које издаје хартије од вредности које представљају те депозитне потврде“.²³ Поред овог општег одређења, ЗТК, набрајањем *exempli causa*, наводи лица која се сматрају издаваоцима: Република Србија, аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе, правна лица корисници буџетских средстава и организације обавезног социјалног осигурања у Републици, Народна банка Србије, стране државе, државни органи, централне банке, међународне и наднационалне институције као што су Међународни монетарни фонд, Европска централна банка, Европска инвестициона банка и остале сличне међународне институције.²⁴ Дакле, нови закон отклања недостатке старог закона у одређењу појма издаваоца, будући да га, с једне стране, проширује јер у њега укључује и приватног издаваоца, а с друге стране, сужава јер из њега искључује покровитеља емисије. Ово решење закона је у складу са решењима у праву ЕУ.

Новим законом се мења и дефиниција *јавног друштва* дата у чл. 9 ЗОТХВ. Према претходно важећем закону, да би се правно лице могло сматрати јавним морао је бити испуњен један од два алтернативна услова. Неопходно је било да је успешно обавило примарну јавну понуду и за то добило одобрење Комисије за хартије од вредности или да је добило дозволу за уврштење хартија од вредности на организовано тржиште.²⁵ ЗТК даје нешто другачију дефиницију појма јавног друштва, која је у складу са другачијим концептом регулисања јавне трговине вредносницама. Према

23 Чл. 2. ст. 1. тач. 38. ЗТК

24 Чл. 2. ст. 1. тач. 38. подтачка 1-3 ЗТК

25 Чл. 9. ст. 1. ЗОТХВ

њему, „јавно друштво је издавалац који испуњава бар један од следећих услова: 1) успешно је извршило јавну понуду хартија од вредности у складу са проспектом чије је објављивање одобрила Комисија; 2) чије хартије од вредности су укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно мултилатералној трговачкој платформи“.²⁶ Овде је изричит услов да је правно лице успешно извршило јавну понуду хартија од вредности у складу са проспектом. Не тражи се да се ради о примарној јавној понуди. Довољно је да је било која јавна понуда извршена са успехом. Осим упућивања јавне понуде, закон предвиђа још један начин на који правно лице може стећи статус јавног друштва, а то је случај укључивања хартија од вредности у трговање на регулисано тржиште или МТП. Такву измену постојеће норме, иако није без недостатака, поздрављамо будући да је корак напред у процесу усклађивања са правом ЕУ.

5. Одступања од начела јавности емисије хартија од вредности

Главна новина ЗТК када је у питању начело јавности емисије се, као што је речено, састоји у укидању обавезе јавности емисије за приватног издаваоца из старог закона.²⁷ Убудуће нејавна друштва не морају стрепети од санкција Комисије, ако обаве приватну емисију.

Поред ње, друга значајна новина у регулисању начела јавности емисије тиче се увођења *нових случајева* у којима је *јавном издаваоцу* (јавном друштву) *допуштено да обави приватну емисију*, уместо обавезне јавне. Претходни ЗОТХВ је предвиђао случајева у којима је издавалац био ослобођен обавезе да прибави дозволу Комисије за хартије од вредности за објављивање проспекта. Тим случајевима, који су у извесној мери измењени, ЗТК додаје и нове. Реч је углавном о усклађивању српског права тржишта капитала са правом ЕУ.

Јавном издаваоцу је допуштено да обави емисију „*без претходног објављивања валидног проспекта*“ код следећих јавних понуда: 1) понуда која је упућена само квалификованим инвеститорима²⁸; 2) понуда која је упућена

26 Чл. 2. ст. 1. тач. 43. ЗТК

27 Видети: Чл. 2. ст. 1. тач. 8. и чл. 8., 9., 25. и 41. ЗОТХВ

28 Појам квалификовани (професионални) инвеститор закон одређује уз доста новина у односу на стари закон. Прва значајна новина у његовом дефинисању јесте увођење појма „дебеле мачке“ по први пут у право Србије. „Дебела мачка“ (*fat cat*) јесте духовити израз, настао у САД, којим се означава посебна врста професионалног улагача. То је физичко лице које не ужива појачану заштиту у трговини хартијама од вредности, коју иначе уживају остали неуки улагачи, ако испуни прописане критеријуме богатства. Полази се од тога да богат човек може себи обезбедити инвестиционог саветника,

физичким или правним лицима у Републици чији број не може бити већи од 100, а који нису квалификовани (дакле, више се емисија ограниченом броју лица не ограничава само на краткорочне хартије од вредности, као што је било по старом закону (члан 53.), већ може да се односи и на акције); 3) понуда која је упућена инвеститорима који ће за уписане хартије од вредности уплатити износ од најмање 50.000 евра у динарској противвредности по инвеститору за сваку појединачну понуду и др.²⁹

„Свака наредна продаја хартија од вредности које су претходно понуђене као неки од изузетака сматраће се посебном понудом и понуђач је обавезан да прибави одобрење за објављивање проспекта, уколико одредбе овог закона за такву понуду прописују обавезу објављивања проспекта“.³⁰ Цитираном законском одредбом потпуно је забрањена препродаја купљених хартија од вредности лицима која их купе у приватним емисијама јавног издаваоца, осим ако њихов ималац (препродавац) претходно објави проспект уз одобрење Комисије. У упоредном праву имаоцима хартија од вредности јавног издаваоца које су издате у приватним емисијама је забрањено да их препродају само јавним понудама, иако се вредноснице исте врсте и класе налазе у јавној трговини и иако њихов издавалац редовно објављује извештаје о свом пословању. Њима је, ипак, допуштено да их препродају новим имаоцима, али приватним нуђењем (без оглашавања). Смисао забране јавне препродаје приватно купљених вредносница јавног издаваоца је спречавање изигравања обавезе јавне емисије за јавног издаваоца путем тзв. двостепене емисије. То је емисија у којој јавни издавалац најпре обавља приватну емисију хартија од вредности које су већ у јавној трговини, користећи неки од законом допуштених изузетака од њихове забране, јер му је приватна емисија јефтинија од јавне (први степен).

који би му пружио стручну помоћ, те да држава не треба да сноси трошкове његове појачане заштите (Видети: Јовановић, 2011: 270). Према нашем закону, то је *физичко лице*, које испуни два од следећа три услова: 1) да је у току последње године извршио трансакције на финансијским тржиштима уз просечну учесталост од најмање 10 трансакција по кварталу у вредности од 50.000 евра; 2) да има портфолио хартија од вредности који прелази 500.000 евра у динарској противвредности; 3) да ради или је радио у финансијском сектору на пословима који захтевају познавање улагања у хартије од вредности.

Поред ове, у појму квалификованог инвеститора, новина је и то што се, уз набрајање *правних лица* која су у *финансијском сектору* и којима се по самом закону признаје статус квалификованог инвеститора, одређују минимални имовински критеријуми које треба да задовољи *правно лице ван финансијског сектора*, да би му се признао статус квалификованог инвеститора (Чл. 14. ЗТК). Оваквим одређењем појма квалификованог инвест ЗТК искључује претерану дискрецију Комисије у признавању тог својства.

29 Видети чл. 12. ст. 1. тач. 1-10 ЗТК

30 Чл. 12. ст. 2. ЗТК

Потом их купци у приватној емисији јавно препродају, тврдећи да није реч о јавној емисији, већ о препродаји приватно издатих вредносница, те да за препродају не важи забрана јавног нуђења (други степен). Пошто је мотив купаца у приватној емисији да стекну капиталну добит кад препродају хартије упоредна законодавства их демотивишу забраном њихове јавне препродаје (не и приватне препродаје), али не заувек, као наш закон, већ за извесно време (нпр. 12 месеци по приватној емисији). Претходно важећи закон је забрањивао препродају вредносница из приватних емисија, али само у наредних 12 месеци након приватне емисије, што значи да је режим новог закона лошији и од режима старог закона (Јовановић, 2011: 296-297).

6. Закључак

Тржиште хартија од вредности и његов развој није циљ по себи. Напротив, циљ развоја овог тржишта је успостављање конкуретног тржишта банкарском кредитном тржишту и изградња ефикасног система тржишне привреде. Да би се обезбедили услови за ефикасно функционисање тржишта хартија од вредности, неопходно је, између осталог, поставити одговарајућу регулативу на коју се могу ослонити сви учесници на тржишту. Имајући у виду да је Србија, уз мање или више осцилација, у процесу преговора са Европском унијом о могућем чланству, она мора своју регулативу ускладити са регулативом ЕУ. Директиве ЕУ које регулишу ову материју представљају директиве максималне хармонизације, тј. правну баштину која мора бити транспонована у домаће законодавство. У складу са наведеним, Србија је у мају 2011. године донела Закон о тржишту капитала.

ЗТК доноси примарном тржишту хартија од вредности мноштво новина. Кључна новина је укидање принудне јавности издавалаца. Издавалац не мора више да буде јавно друштво, тј. не мора да издаје хартије од вредности јавним путем, као што је морао по старом закону. Поред ове, закон доноси примарном тржишту и бројне друге новине. Њиховом претходном анализом долазимо до закључка да је наша постојећа законска инфраструктура у домену регулисања емисије хартија од вредности недовољно развијена, да садржи неколико концептуалних (препродаја вредносница купљених у приватној емисији јавног издаваоца) и низ појединачних слабости (појам јавне понуде, емитента, јавног друштва и др.). Стање нашег права у овој материји је отприлике на нивоу који је постојао у државама чланицама ЕУ почетком деведесетих година прошлог века. Следствено томе, наше право није у складу са важећим правом ЕУ.

Све напред наведено иде у прилог генералном закључку да је нашем праву тржишта капитала неопходна суштинска реформа. Добра правна регулатива представља основни предуслов за развој стабилног, тржишно оријентисаног финансијског тржишта. Чињеница да је српско тржиште хартија од вредности током деведесетих година таворило, док су друге земље напредовале ка тржишној привреди, није добар аргумент за одлагање усвајања закона који је усклађен са регулативом ЕУ, већ је аргумент за убрзање тог процеса.

Литература

Божић, Д, Тодоровић Т. (2011). Финансирање предузећа путем банкарског сектора у условима развијеног тржишта дужничких хартија од вредности. *Школа бизниса*. 4/2011. 97-112

Van Horne, J. (1989). *Fundamentals of Financial Management*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall

Васиљевић, Б. (2006). *Основи финансијског тржишта*. Београд: Издавачко предузеће „Завет“

Васиљевић, М. (2000). Предузећа и хартије од вредности. *Право и привреда*. 5-8(XXXVIII). 3-26

Витез, М. (2000). *Берзе хартија од вредности и берзански послови*. Суботица: Економски факултет у Суботици

Вуњак, Н. (1995). *Финансијски менаџмент*. Суботица: Економски факултет у Суботици

Groß, W. (2006). *Kapitalmarktrecht*. München: C.H. Beck

Gruber, M. (2007). Das öffentliche Angebot in Kapitalmarktesetz. *ZFR - Zeitschrift für Finanzmarktrecht*. Wien: Lexisnexis Orac ARD. 22-35

Дабић, С. (1990). *Хартије од вредности и њихово тржиште*. Београд: Научна кљига

Ђорђевић, Д. (2002). *Тржиште хартија од вредности код нас и у другим земљама*, магистарски рад. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Ellenberger, J. (2001). *Prospekthaftung im Wertpapierhandel*. Berlin – New York: Walter De Gruyter

Живковић, А. (2010). *Улога и одговорност банака у ИПО емисији хартија од вредности*. [Electronic version]. Retrieved 12, July 2015, from http://www.repogledi.org/Arhiva/2012_02/04

Иваниш, М. (2012). Елементи структуре капитала корпоративног предузећа. *Правно – Економски Погледи*. 2-2012. 1-28

Јовановић, Н. (2001). *Емисија вредносних папира – правна разматрања*. Београд: Грмеч – Привредни преглед

Јовановић, Н. (2003). Смесленост бесмислица Закона о тржишту хартија од вредности у вези са емисијом. *Право и привреда*. 5-8(XL). 465-480

Јовановић, Н. (2009). *Берзанско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар

Јовановић, Н. (2011). Законодавна смушеност у претварању јавног друштва у нејавно друштво. *Анали Правног факултета у Београду*. 2(LIX). 302-320

Јовановић, Н. (2011). Нови законодавни „муњак“ Србије у MiFID окружењу. *Зборник радова „Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ“*. (стр. 228-304). Београд: Правни факултет у Београду

Kalss, S., Oppitz, M., Zollner, J. (2005). *Kapitalmarktrecht – System*, Wien, I

Комазец, С., Здравковић, Д., Ристић, Ж., Живковић, А. (1998). *Финансијска тржишта и берзе*. Ниш: Економски факултет у Нишу

Маринковић, С. (2011). *Финансијска тржишта*. Ниш: Економски факултет Универзитета у Нишу

Марјански, В. (2009). *Јавна понуда хартија од вредности*, докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Монтиљо-Михајловић, Д. (2013). *Домаће тржиште капитала и MIFID*. [Electronic version]. Retrieved 20, Jun 2015, from http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2013/3/UBS_Bankarstvo-3-2013-Montiljo.pdf

Ристић, Ж. (2000). *Тржиште капитала, теорија и пракса*. Београд: др. Живота Ристић

Ћосић, Бранислав, Јоргић, Бранислав, Пујић, Драган. (1991). *Берза хартија од вредности и берзанско пословање*. Београд: Југословенско тржиште капитала

Правни прописи:

Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/

EEC and 93/EEC and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, Retrieved 24, Jun 2014, from http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/l24036e_en.htm)

Directive Directive 2003/71/EC of The European Parliament and of The Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, Retrieved 24, Jun 2014, from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0064:0089:EN:PDF>

Закон о инвестиционим фондовима. *Сл. гласник РС*. Бр. 46.2006., 51. 2009., 31.2011

Закон о преузимању акционарских друштава. *Сл. гласник РС*. Бр. 44.2006., 107.2009., 99.2011

Закон о приватизацији. *Сл. гласник РС*. Бр. 83.2014., 46.2015

Закон о привредним друштвима. *Сл. гласник РС*. Бр. 36.2011., 99.2011., 83.2014. – др. закон и 5.2015

Закон о тржишту капитала. *Сл. гласник РС*. Бр. 31.2011

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. *Сл. гласник РС*. Бр. 47.106

Objectives and Principles of Securitas Regulation, International Organization of Securities Commissions, September, 1998, Retrieved 15, July 2014, from <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>

Prof. Milena Jovanović Zattila, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Marija Dragičević, LL.B.

PhD Student,

PRINCIPLE OF PUBLICITY IN ISSUING SECURITIES

Summary

Considering the fact that adequate legislation is crucial for the successful development of the securities market, the present paper aims to draw attention to the new legal solution regulating the issuance of securities and the transparency of their public placement or circulation. The authors analyze the essential principles underlying the publicity in issuing securities and indicate the conceptual shortcomings, mistakes and legal gaps in their regulation which have been present ever since the enactment of the Capital Market Act in 2011. Further on, the paper focuses on the regulation of this principle in EU law, with reference to the specific legal solutions which were present in the Serbian capital market until the adoption of the Capital Market Act. Thereupon, the authors highlight the major advantages and disadvantages of the new Capital Market Act regulating this subject matter in Serbia. Finally, the authors conclude that the new way of regulating the principle of publicity in issuing securities has brought about some positive developments in the process of harmonizing Serbian legislation with EU law. However, given some conceptual and a number of individual drawbacks, it is necessary to pursue a reform of Serbian legislation on this matter.

Keywords: issuance of securities, principle of publicity, public offering, public company, issuer.

РОДИТЕЉСКО ПРАВО У КОНТЕКСТУ РАЗВОДА БРАКА

Апстракт: У раду су анализирани промене које узрокује развод брака у сфери вршења родитељског права. У току трајања заједнице живота у браку родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно. У случају развода брака, пожељно је да родитељи постигну споразум о форми родитељског старања, при чему се могу одредити за заједничко или самостално вршење родитељског права. Суд ће овај споразум акцептирати ако је у најбољем интересу детета. У одсуству споразума родитеља, суд ће сам уредити питање вршења родитељског права, тако што ће одредити његово самостално вршење од стране родитеља коме се поверава дете, док ће други родитељ задржати одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење. Дакле, развод брака се рефлектује на начин остваривања родитељског старања. У раду су у фокусу пажње аутора модели вршења родитељског права након развода, предности постизања споразума родитеља у овој области, као и утицај мишљења детета о томе са којим родитељем жели да живи на форму родитељског старања бивших супружника.

Кључне речи: развод брака, родитељско право, родитељи, деца, споразум родитеља о вршењу родитељског права, мишљење детета, самостално вршење родитељског права, заједничко вршење родитељског права.

Увод

Традиционална породица са супружницима и децом још увек представља примарно окружење за чување, васпитање и подизање деце. Међутим, последњих година је изразито интензивирао процес афирмације нових форми животних заједница, што доприноси кризи традиционалног модела

породице.¹ Брачне кризе нису особеност модерног доба, било их је одувек, али у савременим друштвима оне све чешће резултирају разводом брака. Стога, на актуелности добија питање уређења начина вршења родитељског права након развода.

Наиме, док брак траје родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно. У случају развода брака, пак, пожељно је да родитељи својим споразумом уреде начин остваривања родитељског старања, при чему се могу определити за опцију заједничког вршења родитељског права или за његово самостално вршење. Овај споразум суд ће акцептирати ако је у најбољем интересу детета. У одсуству споразума родитеља, суд ће својом одлуком уредити вршење родитељског права. При том, суд разведеним родитељима не може наметнути модел заједничког вршења родитељског права, већ једино може одредити његово самостално вршење од стране родитеља коме се поверава дете, док ће други родитељ задржати одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење. Развод брака, дакле, не доводи до губитка родитељског права, већ се рефлектује на начин његовог остваривања. Међутим, развод неминовно доводи до промена у овој сфери, с обзиром да разведени родитељи, и када заједнички врше родитељско право, то не чине на начин како су чинили током трајања брачне заједнице.

1. Родитељско право – појам и садржина

Односи између родитеља и деце су, у садржинском погледу, еволуирали од очинске власти (*patria potestas*) и права живота и смрти (*ius vitae ac necis*) *pater familias*-а у римском праву, до родитељске одговорности за добробит детета, прокламовања принципа посебне законске заштите малолетне деце и нормирања корпуса аутономних права детета у модерним правним системима. При том се овај еволутивни ток рефлектовао и на термилошко одређење односа родитељи-дете.²

1 У том смислу, све је више ванбрачних заједница са децом, једнородитељских породица насталих разводом брака или вештачком оплодњом жене која нема ни брачног ни ванбрачног партнера, као и заједница живота особа истог пола са њиховим биолошким или усвојеним потомством. О кризи брака и породице и путевима за њено превазилажење видети: Н. D. Krause, *Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all*, Deutsches und Europäisches Familienrecht, Volume 2, Number 4/December, 2000, стр. 208-221, као и М. Младеновић, *Да ли породица има будућност*, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 545-559.

2 Термин “очинска власт”, чије је извориште у римском праву, задржао се доста дуго, а познаје га и Српски грађански законик. Данас, пак, у упоредном праву не постоји термилошка уједначеност када је реч о означавању спектра права и дужности

Родитељско право се може одредити као право и дужност родитеља да се старају о личности, правима, интересима и имовини своје деце.³ Старање о детету обухвата чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање, као и управљање и располагање имовином детета.⁴ У садржинском погледу, дакле, ово право је сложено и састављено од низа права и дужности родитеља према њиховој малолетној деци. Родитељско право припада родитељима, изведено је из дужности родитеља и постоји у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.⁵ Оно је поверено родитељима јер се очекује да ће се они, као биолошки творци детета, ревностно и квалитетно старати о њему, те да ће му обезбедити оптималне услове за живот, раст и развој. Стога је родитељско право по свом карактеру право функција, састоји се од обавеза и одговорности, а врши се у интересу трећег лица - детета, а не у интересу титулара права – родитеља.⁶ Поред тога, може се говорити и о својеврсној функционализацији родитељског односа, тј. о родитељском праву као социјалној функцији.⁷ Наиме, друштво је заинтересовано за правилно вршење родитељског права, јер се овим путем осигурава социјализација личности и преношење позитивних друштвених вредности на потомство, чиме се, последично, стварају услови за убрзани друштвени напредак.

родитеља према деци. Тако, на пример, у Француском грађанском закону у употреби је термин родитељска власт ("*l' autoritete parentale*"), Немачки грађански законик говори о родитељској бризи ("*Elterliche sorge*"), док су у праву Велике Британије у употреби термини: старање ("*custody*"), родитељска права ("*parental rights*") и родитељска одговорност ("*parental responsibility*"), који је новијег датума, али данас преовлађујући. Будући да је овај термин у употреби и у Принципима Европског породичног права (*Principles of European Family Law*), које је 2007. године формулисала Комисија за Европско породично право (*Commission on European Family Law - CEFL*), те да верно дочарава промене у концепту родитељства, реално је очекивати да ће, приликом неке доцније реформе позитивног законодавства, бити акцептиран и у нашем праву. Принципи Европског породичног права у домену родитељске одговорности доступни су на web страници Комисије за Европско породично право: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>, приступ: 20.07.2015.

3 З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2005, стр. 246.

4 Видети чл. 68-74 Породичног закона Србије (ПЗС), "Сл. гласник Р Србије", бр. 18/2005 и 72/2011.

5 Видети чл. 67 ПЗС.

6 З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 237.

7 М. Јањић-Комар, *Реформа породичног права - проблеми модернизације*, Правни живот, бр. 9/2004, стр. 891.

2. Споразум родитеља о вршењу родитељског права

У модерним породичноправним системима споразум супружника ужива привилегован положај у сфери регулисања последица развода.⁸ Брачни партнери су слободни да закључе споразум о правним дејствима развода, чиме им се пружа могућност да задрже добру комуникацију и конструктивне односе у постразводној фази, као и да изнађу решења која ће бити у најбољем интересу заједничке малолетне деце.

У том смислу, уз предлог за споразумни развод, супружници су дужни презентовати суду споразум о вршењу родитељског права над заједничком малолетном децом, који ће суд испитати и унети у изреку пресуде о разводу брака, уколико процени да је у складу са најбољим интересом детета.⁹ Ако је, пак, бракоразводна процедура иницирана тужбом, орган пред којим се спроводи посредовање ће настојати да супружници у поступку нагодбе постигну споразум о вршењу родитељског права.¹⁰ У оба случаја супружници могу изабрати како самостално, тако и заједничко старање.

Егзистенција споразума, међутим, не искључује у потпуности судску интервенцију, с обзиром да суд *ex lege* одлучује о родитељском праву, тако да ће одлука о форми и свим аспектима вршења родитељског права бити садржана у диспозитиву пресуде о разводу брака, док ће чињеница да су родитељи постигли споразум о деци бити видљива из образложења пресуде. Споразум родитеља, иако га суд акцептира на бази претпоставке да је у интересу детета, најчешће без било каквих модификација, без спровођења истраживања и без консултовања органа старатељства, нема моћ да замени судску одлуку, већ је само основ за њено доношење.¹¹

Предности споразумародитеља над правном интервенцијом сувишеструке, а огледају се у чињеници да је усаглашавање ставова родитеља предуслов оптималног задовољавања потреба деце, при чему не треба изгубити из вида да непотребно и неумесно мешање у односе између родитеља и деце може проузроковати поремећаје и сукобе. Оваквим приступом осигурава се приватност и интимност породичног живота. Исто тако, принцип заштите интереса деце треба узети као основ за преиспитивање

8 О трендовима у бракоразводном праву, укључујући правне консеквенце развода, опширније: F. Meixner, *Entwicklungstendenzen im in- und ausländischen Familienrecht - zu drei Jahresberichten (Teil 1)*, Deutsches und Europäisches Familienrecht, Volume 1, Number 2/May, 1999, стр. 103-112.

9 Видети чл. 40 и чл. 225 ст.1 ПЗС.

10 Видети чл. 240-243 ПЗС.

11 О правној природи и значају споразума родитеља видети: Г. Ковачек-Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад, 1994, стр. 67-70.

споразума родитеља, али треба имати у виду да правно регулисање односа коме се родитељи противе не може бити ни реалистично, ни целисходно, па ни ефикасно.¹²

Споразум о деци инициран је презумпцијом да родитељи најбоље знају ко је од њих у позицији да квалитетније врши родитељско право након развода, с обзиром да су им познате личне, материјалне, здравствене, стамбене и друге прилике у којима се налазе, као и комплекс различитих потреба детета. Осим тога, они најбоље могу проценити емоционалну повезаност тј. осећајну наклоност детета према једном од њих. Стога се оправдано очекује да ће родитељи, руковођени љубављу према свом детету, пронаћи оптимално решење у погледу његовог чувања, васпитања и оспособљавања за самосталан живот, имајући при том у виду све специфичности конкретне животне ситуације у којој се дете налази.¹³

Ипак, суд треба да испита усаглашеност споразума о вршењу родитељског права са интересима деце, као и да о овоме затражи налаз и стручно мишљење органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.¹⁴ У том смислу, судови нису у потпуности лишени контролних овлашћења, али је присутан тренд опадања ауторитативне моћи судова, тако да је њихова моћ, у поређењу са прохујалим временима, далеко мања.¹⁵ Наиме, у пракси судови најчешће поклањају поверење споразуму родитеља, тако да га уносе у изреку пресуде о разводу без спровођења детаљних истражних радњи.¹⁶ Суд ће интервенисати само ако родитељи, због конфликта који постоји међу њима, нису у стању да постигну споразум, када ће бити ангажован орган старатељства, који ће спровести одговарајућа истраживања и на бази тога дати налаз и мишљење о томе ком родитељу треба поверити дете на самостално старање.

12 Наведено према: М. Обретковић, *Породични односи, старатељство и социјални рад*, Београд, 1987, стр. 120.

13 Опширније: М. Митић, *Поверавање деце након развода брака*, Зборник Правног факултета у Нишу, 1986, стр. 9-10.

14 Видети чл. 225 ст. 1 и чл. 270 ПЗС.

15 Наведено према: З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, *op. cit.*, стр. 236.

16 Годинама уназад судови консултују орган старатељства само када нема споразума о деци, док овај споразум, ако је постигнут, аутоматски прихватају, сматрајући да је он у интересу детета. При том, разлози процедуралне природе (околност да се родитељи одричу права на жалбу) су од круцијалне важности за опредељење судова у правцу заобилажења органа старатељства.

3. Утицај мишљења детета на форму родитељског старања

Одлука о вршењу родитељског права не би требало да се базира на једном извору. У том смислу, пожељно је утврдити мишљење детета, консултовати родитеље и прибавити извештај одговарајуће социјалне службе. Детету, с обзиром да је реч о његовом животу и будућности, а имајући у виду деликатност ситуације у којој се налази, треба омогућити да изрази мишљење о томе са којим родитељем жели да живи након развода, као и о начину одржавања личних односа са другим родитељем.¹⁷ При том, треба имати у виду да дете, у питањима која се тичу његовог живота, често може дати компетентнију процену од одраслих.

Дете данас ужива статус аутономног правног субјекта и самостални је титулар права. Право детета на слободно изражавање мишљења припада кругу партиципативних права, која омогућавају детету активно учешће у обликовању властитог живота.¹⁸ Породичним законом Србије, међутим, није прецизно одређено поље примене овог права детета. Наиме, начин на који је ово право конкретизовано кроз законски текст, као и предвиђени модалитети његове реализације у пракси, могу у примени довести до бројних потешкоћа, пре свега у области породичног живота, где се доноси највећи број одлука, и где није довољно наглашено да се све одлуке које се тичу детета доносе уз уважавање његовог мишљења, те уз успостављање одређених механизма контроле.¹⁹

Пре свега, није експлицитно одређено о којим све питањима и у којим стварима детету треба дати право да слободно изрази мишљење. У контексту развода брака, једно од спорних питања, које има изузетан практични значај, тиче се дужности родитеља да консултују дете приликом састављања споразума о вршењу родитељског права. Како се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу, то значи да би и родитељи, приликом састављања овог споразума, требало

17 О томе: I. Waite, H. Stead, *Reporting the Wishes and Feelings of Children*, Family Law, Volume 28, January 1998, стр. 44-45.

18 По Породичном закону Србије, дете које је способно да формира мишљење има право слободног изражавања тог мишљења. Да би дете могло да изрази мишљење, има право да благовремено добије сва потребна обавештења и да му се тиме омогући да формира мишљење. Мишљењу детета мора се посвети дужњу пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са годинама и зрелашћу детета. Дете са навршених 10 година може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима (чл. 65 ст. 1-4 ПЗС).

19 Видети: Н. Вучковић-Шаховић, *Права детета и породично законодавство*, зборник радова: Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 258.

да саслушају мишљење детета о томе са којим родитељем жели да живи. Међутим, у закону нема експлицитне одредбе о томе да су родитељи дужни да детету омогуће слободно изражавање мишљења о свим питањима која га се тичу, као ни одредбе која би прописивала дужност родитеља да мишљење детета узму у обзир и посвете му дужну пажњу. Поред тога, законодавац не прописује изричито обавезу родитеља да детету пружи све релевантне информације како би могло да формира мишљење, које би потом слободно изразило.

Стога, постојећи концепт права детета на слободно изражавање мишљења препушта савести родитеља одлучивање о да ли ће дете укључити у процес доношења одлука у породици. Наиме, на родитељима је да сами одлуче да ли ће детету пружити неопходне информације, да ли ће му омогућити да изрази мишљење, као и да ли ће уважити изражено мишљење, при чему игнорисање овог права детета од стране родитеља не подлеже никаквим санкцијама. Надамо се да родитељи у пракси консултују дете при састављању споразума о вршењу родитељског права, да детету пружају све потребне информације како би могло да формира мишљење и изврши избор, као и да изражено мишљење узимају у обзир када одлучују са којим родитељем ће дете живети након развода. Ипак, у одсуству експлицитне законске обавезе да то учине и поузданих података из праксе о поступањима родитеља у оваквим ситуацијама, могућ је и супротан закључак. Стога сматрамо да треба конкретизовати обавезе и одговорности родитеља у контексту остваривања права детета на слободно изражавање мишљења у породичној средини.

Поред тога, иако ПЗС предвиђа право детета које је навршило 10 година да слободно и непосредно изрази мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, из стилизације норми²⁰ које регулишу ово питање произилази закључак да дете има право да изрази мишљење само ако се у поступку појављује као странка, док у поступцима у којима није странка, мада се у овим поступцима одлучује о његовим правима, детету законом није признато право да изрази мишљење, односно не постоји дужност суда или административног органа да саслуша мишљење детета.²¹ Како у поступку за развод брака детету не припада процесни положај странке, то не постоји обавеза суда да детету омогући изражавање мишљења. Међутим, с обзиром да се у поступку за развод одлучује о вршењу родитељског права, а ово питање тангира права

20 Видети чл. 265-268 ПЗС.

21 Видети: Н. Петрушић, *Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије*, зборник радова: Новине у породичном законодавству, Ниш, 2006, стр. 111.

и интересе детета, требало би омогућити детету да изрази мишљење, при чему би било добро да закон садржи експлицитну одредбу о томе, као и о процесном положају у коме ће се наћи дете у овим парницама.

У том смислу, било би пожељно изричито нормирати обавезу суда да у бракоразводном поступку најпре истражи да ли су родитељи приликом састављања споразума о вршењу родитељског права омогућили детету да изрази мишљење, као и да ли су уважили његово мишљење. Уколико то није случај, требало би омогућити детету изражавање мишљење у судском поступку. Са друге стране, свесни смо деликатности породичних односа и незахвалне позиције у којој ће се наћи суд када треба да истражи да ли су родитељи поштовали право детета на слободно изражавање мишљења.²²

4. Самостално вршење родитељског права

Самостално вршење родитељског права је такав облик родитељства разведених родитеља код кога родитељ коме је поверено дете непосредно врши родитељско право, док други родитељ задржава одређена права и обавезе из садржине родитељског права, али не и његово вршење.

Један родитељ ће сам вршити родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот (дакле и у случају развода брака), ако су закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права и суд процени да је он у најбољем интересу детета.²³ Поред тога, један родитељ ће сам вршити родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, уколико су постигли споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, а суд процени да он није у најбољем интересу детета. Најзад, уколико родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права, суд ће својом одлуком одредити самостално вршење родитељског права од стране једног родитеља.

Споразум родитеља о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум о поверавању детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од стране другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа између детета и другог родитеља.²⁴ Овим споразумом се преноси вршење родитељског права на родитеља

22 О деликатности утврђивања жеље детета и трауматским последицама које овај поступак може проузроковати опширније: М. Обретковић, *Породични односи, старатељство и социјални рад*, *op. cit.*, стр. 121, као и С. Бубић, *Интервенција државна у породичним односима*, докторска дисертација, Београд, 1988, стр. 220.

23 Видети чл. 77 ст. 3-5 ПЗС.

24 Видети чл. 78 ПЗС.

коме је дете поверено, док ће други родитељ имати право и дужност да издржава дете, да одржава личне односе са њим и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Исто тако, ако суд у бракоразводној парници у одсуству споразума родитеља одлучује о вршењу родитељског права, као и ако постигнути споразум није у интересу детета, мора одлучити о поверавању детета на чување и васпитање једном родитељу, о издржавању детета, као и о начину одржавања личних односа детета са родитељем коме није поверено.

Домаћу бракоразводну стварност карактерише самостално вршење родитељског права од стране мајки, мада нема законских сметњи да се деца повере оцу. Како у стварању људске јединке учествују две особе различитог пола, тако би и старање о детету требало да буде подељено између особа које су учествовале у његовој креацији. Ипак, физичко старање о деци је претежно препуштено мајкама, што је делимично условљено и биолошком везаношћу детета за мајку, која је узрокована околношћу да мајка носи и рађа дете, а да је по рођењу преко процеса дојења дете извесно време и егзистенцијално везано за мајку. Опредељујући се за поверавање деце мајкама, супружници и суд прихватају опцију у чију успешност, с обзиром на вишевековна позитивна искуства, не треба сумњати.²⁵ Чини нам се да очеви често избегавају обављање свакодневних послова који се тичу старања о деци, правдајући се заузетошћу, а заправо препуштају терет старања мајкама, јер је то уобичајено у сфери послова које обавља жена. Стога, очеви и не упознају рођено дете, његове навике, склоности, жеље и карактер, па у случају развода нису ни заинтересовани за физичко старање о детету.

Са друге стране, због раширеног веровања да су мајке компетентније када је реч о дневном старању о деци, као и због свеprisутног скептицизма у способности очева да се непосредно брину о деци, може се извести закључак да очевима реално није ни пружена шанса да се докажу у родитељској улози, јер им се фактичко старање о деци не препушта, како током трајања брака, тако и по његовом престанку. С тим у вези, све су јачи покрети мушкараца у појединим европским земљама, пре свега у Великој

25 Годинама уназад мајка ужива привилегован положај у домаћој бракоразводној пракси, с обзиром да се њој у веома високом проценту поверавају деца након развода. Опширније: Г. Ковачек-Станић, *Остваривање родитељског права - односи личне природе*, докторска дисертација, Београд, 1991, стр. 59-64. О фаворизованом положају мајке у сфери поверавања деце у САД-а видети: Н. D. Krause, D. D. Meyer, *Family Law in a Nutshell*, Thomson West, 2007, стр. 206-215.

Британији, као и у САД-у, који се залажу за равноправнији третман очева у поступку поверавања деце након развода брака.²⁶

Међутим, мајке које врше родитељско право често се у потпуности посвећују одгајању деце, запостављајући приватни живот, при чему је приметан труд да додатним напорима ублаже смањено присуство оца у животу деце. Али, када деца одрасту и формирају сопствене породице, поред присутног задовољства јер су са успехом обавиле родитељке задатке, мајке остају саме, што је повод за преиспитивања и незадовољство, а ово доводи до нарушавања квалитета живота.

Како је мајка готово увек лошијег економског положаја у односу на оца, развод брака проузрокује негативне последице по материјални положај детета. Поред тога, алиментације су веома ниске, а поједини дужници своје обавезе не извршавају уредно, што додатно компликује материјално стање детета и родитеља са којим оно живи. Допринос родитеља коме дете није поверено после развода најчешће је мањи од оног у току трајања брака. Наиме, у брачној заједници супружници задовољавају потребе детета не водећи рачуна о сразмери вредности њихових престација, с обзиром да су финансије заједничке, а да они теже максималном задовољавању потреба детета. Након развода, пак, родитељ који не живи са дететом обавезу издржавања извршава плаћањем одређених износа, при чему често строго води рачуна о вредности давања, а критичкој оцени подвргава и потребе детета, нарочито пазећи да се дата средства употребе за подмиривање његових потреба, а не потреба супружника коме је поверено.²⁷

Право на личне односе обезбеђује задржавање комуникације између детета и родитеља након развода, развијање осећања љубави и привржености и ублажавање последица одвајања. Захваљујући контактима са дететом родитељ је у позицији да прати његов развој и подизање, да учествује у његовом васпитању, као и да интервенише када је то оправдано. У питању је специфично право чији су титулари како дете, тако и родитељ који не врши родитељско право након развода.²⁸ Наиме, дете има право да

26 Све је бројнија литература која на популаран начин третира ову проблематику (нпр. С. Conrad, *Fathers Matter: A Guide to Contact on Separation and Divorce*, Creative Communications, 2007), а која наилази на одличан пријем код читалаца и покреће бројне дебате у јавности.

27 Погоршање материјалног положаја деце након развода није особеност наше средине. Примера ради, подаци из канадске праксе показују да је екстремно сиромаштво присутно управо у монопаренталним породицама насталим разводом брака. Наведено према: J. D. Payne, M. A. Payne, *Canadian Family Law*, Irwin Law, 2008, стр. 5-7 и стр. 474.

28 О правном основу права на личне односе видети: А. Прокоп, *Односи родитеља и дјече*, Загреб, 1972, стр. 170, М. Јањић-Комар, *Право детета на живот и здравље*, докторска

одржава личне односе са родитељем са којим не живи, родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да са дететом одржава личне односе, док је родитељ коме је поверено дете у обавези да омогући личне контакте, при чему неизвршавање ових обавеза од стране родитеља подлеже одговарајућим санкцијама.²⁹ С обзиром да је судском одлуком веома тешко регулисати све појединости контактирања, а како је у одсуству сарадње родитеља принудна реализација овог права скопчана са бројним тешкоћама, споразум родитеља у овој сфери је од огромне важности.³⁰ Повреда права на личне односе може имати тешке последице, посебно психолошке, по дете и родитеља који је осујећен у намери да оствари контакт. Имајући у виду осетљивост и важност остваривања овог права, родитељи се, по исцрпљивању домаћих правних средстава, могу обратити и Европском суду за људска права.³¹

Концепт споразумног одлучивања о питањима од битног значаја за дете омогућава, у извесном смислу, вршење родитељског права од стране родитеља коме оно није поверено.³² Међутим, уколико су родитељи у лошим односима након развода, ако нису успели да превазиђу анимозитет, конфликте и међусобну нетрпељивост, реално је очекивати да неће бити у стању да дете држе ван свог сукоба, тако да неће успети да постигну сагласност о питањима од важности за дете. На основу података из праксе, може се закључити да су ретки случајеви споразумног одлучивања разведених родитеља о питањима од битног значаја за дете. Родитељ који не живи са дететом своју бригу за дете из разведеног брака најчешће своди на повремено виђање са њим и на давање издржавања.

дисертација, Београд, 1981, стр. 106, В. Бакић, *Породично право у СФРЈ*, Београд, 1982, стр. 217, М. Беговић, *Породично право*, Београд, 1959, стр. 119 и О. Цвејић-Јанчић, *Породично право, књига II – Родитељско и старатељско право*, Нови Сад, 2000, стр. 62.

29 Видети чл. 61, 78 и 81-82 ПЗС.

30 О модалитетима и учесталости контактирања између деце и родитеља по разводу видети: А. Mitchell, *Children's Experience of Divorce*, Family Law, Volume 18, December 1988, стр. 460-463.

31 О пракси овог суда у домену остваривања права на личне односе видети: О. Цвејић-Јанчић, *Заштита родитељског права и права детета*, Правни живот, бр.10/2009, стр. 856 и даље.

32 О тешкоћама око одрживости концепта вршења родитељског права у контексту заједничког одлучивања родитеља о битним питањима видети: Г. Ковачек-Станић, *Правни израз родитељства, op. cit.*, стр. 112.

5. Заједничко вршење родитељског права

Концепт заједничког вршења родитељског права базира се на идеји о подједнако важној улози оба родитеља за правилан психофизички развој детета, као и на принципу равноправности родитеља у односу на дете и тежњи за очувањем везе између детета и родитеља и након развода брака. Позитивни ефекти заједничког старања рефлектују се на све учеснике родитељскоправног односа. Наиме, заједничко старање има позитиван психолошки ефекат на родитеља који не живи са дететом, стимулише га да интензивно учествује у животу детета и мотивише да савесно извршава обавезе према детету. Дете, пак, преко заједничког старања задржава блиске релације са оба родитеља. Најзад, родитељи су равномерније оптерећени обавезама око подизања детета, што је од посебног значаја за родитеља са којим дете живи.

Модел заједничког вршења родитељског права након развода инкорпориран је у наш правни систем доношењем Породичног закона из 2005. године, тако да још увек није доживео пуну афирмацију у пракси.³³ Ипак, за очекивати је да ће се родитељи у будућности, са упознавањем очигледних предности заједничког старања, све чешће опредељивати за ову форму старања. Родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно и када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је он у најбољем интересу детета. Овим споразумом родитељи се саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, које мора бити у интересу детета, а саставни део споразума је и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.³⁴

С обзиром да заједничко старање захтева висок степен сарадње родитеља на плану одгајања детета, оно се у нашем праву заснива на принципу добровољности. Међутим, све су бројнији упоредноправни системи у којима егзистира презумпција о заједничком вршењу родитељског права након развода, тако да је модел самосталног старања сведен готово на ранг изузетка.³⁵ Са друге стране, у литератури се наводи да конструкција

33 Иако суд у време важења Закона о браку и породичним односима ("Сл. гласник СР Србије", бр. 22/1980, 11/1988, 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995 и 29/2001) формално није могао донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права, у теорији је изражен став да он није предвиђао правне препреке које би онемогућавале родитеље да постигну споразум о овој форми старања након развода. Тако: О. Цвејић-Јанчић, *Заједничко вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 9/1997, стр. 692.

34 Видети чл. 75 ст. 2 и чл. 76 ПЗС.

35 Примера ради, претпоставка о заједничком старању разведених родитеља присутна је у Немачкој, Шведској, Француској, Белгији, Холандији, као и у неким државама САД-а.

заједничког старања потхрањује делимично илузорну представу о томе да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом, што није у складу са реалношћу, с обзиром да постоји реална опасност да дете разводом изгуби контакт са једним родитељем.³⁶

Заједничко вршење родитељског права има два појавна облика: заједничко правно старање (*legal joint custody*) и заједничко фактичко старање (*physical joint custody*). Заједничко правно старање обухвата споразумно одлучивање родитеља о свим питањима од битног значаја за дете, док заједничко фактичко старање подразумева да ће оба родитеља узети учешће у дневном старању о детету. Овакав концепт заједничког вршење родитељског права пружа родитељима могућност да начин остваривања заједничког старања прилагоде сопственој животној ситуацији. Практично, бивши супружници се могу одредити за опцију сталног живљења детета у дому једног родитеља, при чему ова ситуација наликује самосталном вршењу родитељског права, или за варијанту по којој би дете наизменично одређено време у току године, месеца недеље или дана живело код мајке, а потом код оца. При том, у интересу правне сигурности и несметаног одвијања правног промета, родитељи морају постићи споразум о пребивалишту детета. У пракси, међутим, пребивалиште детета је показатељ фактичког старања о њему. Родитељ код кога дете нема пребивалиште суштински губи право да чува дете, односно уступа право чувања другом родитељу, док родитељ код кога је пребивалиште детета добија одлучујућу улогу не само у погледу чувања детета, већ и у вршењу других права из садржине родитељског права.³⁷

С обзиром да популацију Србије не карактерише превелика мобилност, заједничко вршење родитељског права добија на актуелности и практичној применљивости, мада се тренутно јако мали број родитеља одређује за овај облик старања.³⁸ При том је, у зависности од конкретне животне

36 Наведено према: D. Schwab, *Familienrecht*, Verlag, C. H. Beck, München, 2008, стр. 155.

37 Наведено према: Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, дејче и старатељско право*, Нови Сад, 2007, стр. 315.

38 У земљама које су много пре нас увеле заједничко старање, у почетној фази његове примене је било пуно проблема, тако да је ова форма родитељског старања временом, пошто су уочене њене предности, стекла популарност и постала доминантан вид родитељског старања разведених супружника. Опширније о почетним проблемима у примени заједничког старања у Великој Британији и Норвешкој: L. Parkinson, *Child Custody Orders: A Legal Lottery?*, *Family Law*, Volume 18, January 1988, стр. 26-30. Такође, у Канади је присутан тренд све чешћег одређивања заједничког старања. На пример, 2002. г. заједничко старање је одређено у 41,8% развода, док је самостално старање поверено мајци у 49,5% а оцу у 8,5% бракоразводних предмета. Насупрот томе, 1988.

ситуације, оствариво како правно, тако и фактичко заједничко старање.³⁹ Наиме, уколико супружници живе у истом месту, нема никаквих сметњи да након развода продуже да се заједнички старају о деци. Штавише, услед тешке економске ситуације, која већ дуги низ година влада на овим просторима, разведени супружници често нису у могућности да адекватно реше стамбено питање, тако да настављају живот у заједничком стану или кући и по окончању бракоразводне процедуре. Како у овој ситуацији нема просторне дистанце између деце и родитеља, организација породичног живота не трпи значајније измене, тако да родитељи могу несметано наставити да се заједнички фактички старају о деци.

Могућност заједничког и споразумног одлучивања о питањима од битног значаја за дете носи са собом опасност од настанка сукоба између родитеља, који неће увек имати исти став по одређеном питању, с обзиром да и у току трајања брака нису ретки случајеви размимоилажења супружника, а ова опасност је присутнија уколико су у питању разведени супружници, чије односе карактерише мање изражена спремност за дијалог, нижи степен толеранције, смањена флексибилност и неспремност да се прихвати гледиште друге стране, које је можда реалније и повољније за дете. Иако конфликт може бити јаког интензитета и на први поглед нерешив, уз посредовање одговарајућих стручних лица и служби може бити разрешен изналажењем решења које је прихватљиво за оба родитеља.

Међутим, домаће право не предвиђа експлицитно опцију обраћања надлежном органу (органу старатељства, брачном или породичном саветовалишту или другој установи специјализованој за посредовање у породичним односима), који би посредовао између родитеља у циљу разрешења насталог конфликта. У овој ситуацији једина опција је обраћање суду са захтевом да настали конфликт реши, тј. да у поступку за вршење родитељског права уреди спорно питање које је од битног значаја за дете, а о коме родитељи никако нису могли постићи споразум.⁴⁰

Сматрамо да би било пожељно, приликом неке доцније измене важеће легислативе, експлицитно нормирати механизме и поступке за превазилажење сукоба родитеља у домену постизања споразума о питањима од битног значаја за дете. У том смислу, могла би бити предвиђена

г. је самостално старање било поверено мајци у близу 80% случајева. Наведено према: J. D. Payne, M. A. Payne, *Canadian Family Law, op. cit.*, стр. 7.

39 О тешкоћама са којима се суочавају деца над којом родитељи имају заједничко физичко старање видети: J. Wallerstein, S. B. Corbin, *Father – Child Relationships after Divorce: Child Support and Educational Opportunity*, *Family Law Quarterly*, 1986, 20 (2), стр. 30.

40 Видети чл. 261-273 ПЗС.

могућност обраћања органу старатељства, који би посредовао између родитеља у циљу изналажења оптималног решења, док би обраћање суду са захтевом да настали конфликт реши било могуће само ако напори на плану разрешења неспоразума родитеља не резултирају конструктивним решењем.

Tanja Kitanović, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PARENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF DIVORCE

Summary

In this paper, the author discusses the impact of divorce and the changes it causes in the field of parental right to custody. In the course of living in matrimony, the parents they have a joint and consensual custody of their under-aged children (minors). In case of a divorce, it is highly practical for the parents to come to a mutual agreement on the form of custody. In exercising their right to custody, parents may opt for a joint custody or a sole custody. The court will accept their mutually agreed custody arrangement providing that it is in the best interest of the child. If the parents have failed to come to an agreement on the form of custody, the court is entitled to regulate this issue and determine which parent shall be given custody; the other parent shall not have the right to custody but he/she will still be entitled to some other parental rights and duties. Therefore, divorce has a significant impact on the manner of exercising the right to custody. In this paper, the author focuses on the models of exercising the right to custody after divorce, the advantages of the parents' mutual agreement on the custody arrangement, as well as the impact of the child's opinion (i.e. freedom to choose the parent he/she would like to live with) on the final judicial decision concerning the form of custody which is to be exercised by the former spouses.

Keywords: divorce, parental rights, parents, children, parents' agreement on parental right, sole custody, joint custody.

ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА НА ЛОКАЛНИМ ИЗБОРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: *Спровођење локалних избора у Републици Србији повезано је са низом проблема, нејасноћа и неправилности упркос скоро једнодеценијском постојању непромењеног системског правног оквира у оквиру кога се они одвијају. Узрок томе су различити рокови у односу на републичке изборе, различит пут жалбе ка Управном суду у односу на изборе за републички парламент, непрофесионална изборна администрација и др. Због свега тога, аутор у раду детаљно разлаже поступак заштите изборног права на локалним изборима по појединим фазама, са циљем да стручној јавности као и заинтересованим бирачима, кандидатима и подносиоцима листа укаже на поједине процесне финесе и специфичности овог поступка. Други циљ рада јесте утврђивање узрока који у појединим ситуацијама доводе до изостанка ефикасне управно-судске заштите изборног права и утврђивање могућности за побољшање правног оквира заштите изборног права на локалним изборима у евентуалној реформи изборног законодавства.*

Кључне речи: *локални избори, заштита изборног права, приговор, жалба, Управни суд.*

1. Уводне напомене

Према важећем правном оквиру, заштита изборног права у Републици Србији поверена је органима за спровођење избора и судовима. Квалитету система заштите изборног права доприноси и стабилност правног режима заштите тог права која произилази из његове дуготрајне примене и „брушења” у правосудној пракси. Уопште узев, правни оквир у коме се одвија заштита изборног права на локалним изборима у Републици Србији добро је конципиран и усклађен са већином међународних правних стандарда у овој области, као што су Општи коментар бр. 25 о праву на

учешће у јавним пословима и Коментар бр. 31 о природи општих правних обавеза наметнутих државама чланицама Пакта Комитета за људска права Уједињених нација, Декларација о критеријумима за слободне и правичне изборе Интерпарламентарне Уније, Кодекс добре изборне праксе у изборним питањима Венецијанске комисије и Смернице ОЕБС-а за анализу правног оквира избора (Вучетић 2015: 12). Међутим, оно што изазива проблеме у пракси јесте некодификованост материје избора и наизглед мале процесно-правне различитости у поступку заштите изборног права (у зависности од тога о којој врсти избора се ради) за које се касније испостави да представљају препреку успешнијој реализацији права на заштиту изборног права.

Успешно спровођење локалних избора захтева неодложно, брзо и законито делање и одлучивање, како органа за спровођење избора (изборних комисија и бирачких одбора) тако и Управног суда (Вучетић, Ранђеловић, Јанићијевић, 2014: 1275-1277). Поступак за избор одборника у скупштине јединица локалних самоуправа хитан је и спроводи се по фазама! Због тога је рад, који треба да укаже на најважније елементе успешне заштите изборног права на локалним изборима, конципиран тако да прати поједине *фазе локалног изборног поступка* (кандидовање, спровођење, утврђивање и објављивање резултата). Посебна пажња посвећена је формалним аспектима приговора и жалбе, као аката којима се захтева заштита изборног права на локалним изборима од одговарајућих државних инстанци.

На почетку треба се напоменути да су Законом о локалним изборима из 2007. године¹ (у даљем тексту: Закон) фазе изборног поступка (кандидовање, спровођење, утврђивање и објављивање резултата) посебно одвојене, те да се заштита изборног права због *неправилности* насталих у одређеној фази може захтевати само *до окончања фазе у којој су настале!* Овакво решење је природна последица принципа хитности изборног поступка.

Други по важности закон од значаја за материју локалних избора јесте Закон о избору народних посланика из 2000. године,² јер се његове одредбе о бирачким списковима, изборном материјалу, именовању у изборне комисије и бирачке одборе, бирачким местима, о обавештавању грађана о предложеним кандидатима, о забрани трајања изборне пропаганде и објављивању претходних резултата или процене резултата избора, гласању, утврђивању и објављивању резултата избора, (не)плаћању пореза и доприноса за средства која се исплаћују као накнада за рад лица у ор-

1 Сл. гласник РС, 129/2007, 34/2010 – одлука УС и 54/2011.

2 Сл. гласник РС, 35/00, 57/03 – одлука УС, 72/03 – др. закон, 18/04, 85/05 – др. закон, 101/05 – др. закон, 104/09 – др. закон, 28/11 – одлука УС и 36/11.

ганима за спровођење избора и казнама, сходно примењују и на материју локалних избора, као питања која нису уређена Законом о локалним изборима. Такође изборна комисија јединице локалне самоуправе у свом раду, сагласно одредби члана 15. став. 2. Закона о локалним изборима „сходно примењује упутства и друге акте Републичке изборне комисије који се односе на спровођење избора за народне посланике“.³

Према одредби члана 52. Закона право на заштиту изборног права имају сви носиоци активног и пасивног бирачког права – бирачи, кандидати за одборнике или њихови предлагачи, уколико сматрају да су постојале „неправилности у поступку кандидовања, спровођења, утврђивања и објављивања резултата избора“.

Оно што субјекти, тражиоци заштите изборног права, такође морају имати у виду јесте да се законодавац определио за *различите варијанте* поступка заштите изборног права на локалним изборима у зависности од тога ко је *доносилац акта* чија се законитост оспорава – *изборна комисија* или *скупштина* јединице локалне самоуправе! Свест о овој законској чињеници значајно ће олакшати памћење различитих рокова и правних путева заштите изборног права на локалним изборима.

По правилу скупштина јединице локалне самоуправе нема посебне надлежности у поступку организације и спровођења локалних избора, већ изборе за одборнике спроводе и одлуке у овом поступку доносе органи који спроводе изборе (изборна комисија и бирачки одбори). Међутим, скупштина се као доносилац одлука појављује у предизборним и постизборним фазама, као и у поступку заштите права одборника (видети одељак 5. Закона – Престанак мандата и поновни избори, нарочито чл. 49). Напомињемо да треба разликовати поступак заштите изборног права на локалним изборима од *поступка заштите права одборника*, који уско посматрано – упркос одређеним сличностима – није поступак заштите изборног права, те да овај потоњи нећемо овом приликом посебно анализирати.

2. Заштита изборног права у фази формирања органа за спровођење локалних избора

Поступак избора одборника скупштине јединице локалне самоуправе започиње доношењем решења скупштине јединице локалне самоуправе

³ Од секундарне важности за предмет нашег рада, али врло значајни за спровођење самих локалних избора су и Закон о локалној самоуправи (*Сл. гласник РС*, 129/07 и 83/14), Закон о јединственом бирачком списку (*Сл. гласник РС*, 104/09 и 99/11) и Упутство за спровођење Закона о јединственом бирачком списку које је донео министар за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу (*Сл. гласник РС*, 15/12).

о именовану *сталног састава изборне комисије*. Према одредби члана 14. Закона, чланове изборне комисије у сталном саставу (председника и шест чланова) именује скупштина јединице локалне самоуправе на предлог претходно већ *конституисаних* одборничких група,⁴ сразмерно броју одборника. Именовање изборне комисије представља предизборну, а не класичну изборну радњу. Законито решење о именовану председника и чланова органа за спровођење избора, поред личних имена председника и чланова, мора да садржи наводе њихове политичке припадности или називе странака, односно коалиција на чији предлог су именовани.

Против овог *решења скупштине* јединице локалне самоуправе којим се одређује стални састав изборне комисије, сходно одредби члана 14. став 11. Закона, дозвољено је директно изјављивање жалбе Управном суду у року од 24 часа од доношења решења. Скрећемо пажњу читаоца на чињеницу да приговор као претходно правно средство у овој ситуацији није предвиђен, а да жалбу може изјавити одборник скупштине јединице локалне самоуправе!⁵

У проширени састав изборне комисије улазе и опуномоћени представници подносилаца изборних листа (по један представник) уколико су предложили најмање две трећине кандидата од укупног броја одборника који се бира. Исто право (на представника у проширеном саставу изборне комисије) остварују и политичке странке и коалиције политичких странака националних мањина које предложе најмање једну трећину кандидата за одборнике. Дакле, изборна комисија приликом проглашења изборне листе утврђује право појединих подносилаца (испуњавање услова) да одреди представнике за учешће у проширеном саставу изборне комисије јединице локалне самоуправе, о чему доноси решење, након чега подносилац изборне листе одређује свог опуномоћеног представника у изборној комисији и о томе *обавештава* комисију. По пријему обавештења изборна комисија утврђује свој проширени састав у року од 24 часа од пријема обавештења о томе која лица улазе у проширени састав. Уколико подносилац изборне листе то не учини најкасније пет дана до дана одређеног за одржавање избора, изборна комисија може наставити да ради и пуноважно одлучује и без опуномоћеног представника подносиоца изборне листе.

Према одредби члана 14. став 7. Закона, решење о испуњењу или неиспуњењу услова за одређивање опуномоћеног представника подносиоца изборне листе у проширени састав, изборна комисија доставља подносиоцу

4 Решење Управног суда, III-3 Уж.. 21/2012 од 16.3.2012. године, и пресуда Управног суда, I-3 Уж. 24/2012 од 8.3.2012. године.

5 Решење Управног суда, 8 Уж. 6/2014 од 30.1.2014. године.

изборне листе у року од 24 часа од доношења. Дакле, ово решење се доноси у поступку конституисања изборне комисије у проширеном саставу.

Законодавац је против тог решења предвидео заштиту по стандардном поступку за заштиту изборног права на локалним изборима (чл. 51 – 56. Закона). Незадовољни носиоци изборног права (активног или пасивног) против тог решења могу прво изјавити приговор изборној комисији, у року од 24 часа од дана када је донето решење, а потом и жалбу Управном суду против одлуке по приговору, уколико изборна комисија не усвоји приговор. Поступајући по приговору изборна комисија је дужна да у року од 48 часова од пријема приговора одлучи по њему и решење којим је одлучила достави подносиоцу приговора. Против овог другог решења изборне комисије могуће је изјавити жалбу Управном суду у року од 24 часа од његовог достављања.

Потребно је обратити пажњу од кад рокови за приговор, одосно жалбу, почињу да теку – од дана доношења решења или од дана његовог достављања! Такође, треба обратити пажњу када поједини рокови истичу, а нарочито рок за подношење приговора, који истиче сутрадан у поноћ (24 часа од дана доношења – овде постоји непотребна и збуњујућа разлика у односу на рок за приговор код избора народних посланика који износи 24 часа од доношења решења). Погрешно рачунање ових рокова и њихово мешање са роковима у поступку избора народних посланика било је чест узрок губитка правне заштите и одбацивања жалби, односно приговора без улажења у разматрање њихове суштине (меритума).

Сходно одредби става 5. члана 16. Закона изборна комисија јединице локалне самоуправе *именује бирачке одборе* у сталном саставу најкасније десет дана пре дана одређеног за одржавање избора. Да подсетимо, овај дан одређен је одлуком председника Народне скупштине о одржавању избора. Решење о именовању бирачких одбора доставља се свим подносиоцима потврђених изборних листа у року од 48 часова од дана доношења решења. Као и изборне комисије и бирачки одбори раде у сталном и проширеном саставу. Бирачки одбор у сталном саставу чине председник и најмање четири члана, док се на проширени састав бирачких одбора примењују правила из Закона за одређивање проширеног састава изборне комисије. Градска, односно општинска изборна комисија решењем именује бирачке одборе у проширеном саставу најкасније пет дана пре дана одређеног за одржавање избора. Иста изборна комисија, такође, ближе уређује рад бирачких одбора одговарајућим правилима, а против одлуке, радње или пропуста бирачког одбора такође је могуће користити средства за заштиту бирачког права (прво приговор, а касније евентуално и жалбу).

3. Заштита изборног права у фази кандидовања, односно пријема и проглашења изборне листе

Према одредби члана 24. Закона, изборна комисија јединице локалне самоуправе је дужна да *прогласи изборну листу* најкасније у року од 24 часа од њеног пријема, уколико ју је примила са одговарајућом документацијом. Проглашење се врши решењем које се доставља подносиоцу без одлагања. Неблаговремена изборна листа (уколико није поднета најкасније 15 дана пре дана одржавања избора) *одбацује* се решењем од стране изборне комисије.

Одредбом става 2. члана 25. Закона прописано је да изборна комисија, када утврди да изборна листа садржи недостатке који представљају сметњу за њено проглашење, доноси *закључак* у року од 24 часа од пријема те изборне листе, којим ће њеном подносиоцу наложити да отклони те недостатке и како, односно којим радњама то треба да учини, а најкасније у року од 48 часова од часа достављања закључка! Одредба става 3. истог члана нормира да изборна комисија, након што утврди да изборна листа садржи недостатке предвиђене Законом, односно кад утврди да недостаци изборне листе нису уклоњени, уопште или у остављеном року, у наредних 24 часа доноси *решење о одбијању проглашења изборне листе!*

И, на крају, *збирну изборну листу*, која садржи све проглашене изборне листе, утврђује и објављује (најкасније 10 дана пре одржавања избора) изборна комисија. Редослед изборних листа на збирној изборној листи, према одредби члана 26. Закона, утврђује се према редоследу њиховог проглашавања (не и подношења).

Право на увид у све поднете изборне листе и пратећу документацију, у року од 48 часова од дана објављивања збирне изборне листе, има лице овлашћено од стране подносиоца изборне листе. Овде ћемо још напоменути да, сходно одредби члана 40. Закона, изборна комисија у овој фази поступка одлучује и о статусу, односно положају политичке странке (коалиције) националне мањине уколико је такав предлог у писаном облику поднет приликом подношења изборне листе.

Против решења о проглашавању, одбацивању или одбијању проглашења изборне листе може се поднети приговор изборној комисији у року од 24 часа од дана доношења решења! Исто се односи и на решење о проглашењу збирне изборне листе. Међутим, овде постоји једно ограничење које се састоји у томе да се приговором против збирне изборне листе не могу оспоравати, већ проглашене, појединачне листе које се налазе на њој, јер су у међувремену постале правноснажне (Стојчевић, Шупут, 2014:

21-28). Носилац активног или пасивног бирачког права, незадовољан одлуком донетом по свом приговору, може против ње (по правилима за заштиту изборног права из чланова 51.-56.) изјавити жалбу Управном суду, који својом пресудом, уколико одлучи да усвоји жалбени захтев, може, решавајући у спору пуне јурисдикције, прогласити збирну изборну листу.

4. Заштита изборног права у фази спровођења избора, односно гласања

У поступку заштите изборног права на локалним изборима приликом гласања сваки бирач, кандидат и подносилац изборне листе има право да поднесе приговор против одлуке, радње или пропуста бирачког одбора због повреде изборног права у току избора или неправилности у поступку кандидовања, спровођења, утврђивања и објављивања резултата избора. Приговор се подноси у року од 24 часа од дана када је донета одлука, извршена радња или учињен пропуст, а адресат приговора је изборна комисија јединице локалне самоуправе, која по приговору доноси одлуку у року од 48 часова од часа пријема приговора и доставља је подносиоцу приговора. Ако градска односно општинска изборна комисија усвоји приговор, поништиће оспорену одлуку или радњу. Уколико одбаца или одбије приговор странка може изјавити жалбу Управном суду.

Но, пре тога учесник у изборном поступку (као и чланови бирачких одбора) може ставити усмену или писмену *примедбу* на неправилности које су уочене у поступку гласања, које морају бити унете у записник. Осим Закона и другим прописима, као нпр. Правилима о раду бирачких одбора (која на јединствен начин, једним актом утврђује Републичка изборна комисија) прописано је на шта све, у овој фази изборног поступка, може да се приговара. Према томе да су ли законом за одређене неправилности предвиђене одговарајуће правне последице (распуштање бирачког одбора и понављање гласања) или не, неправилности у спровођењу избора се деле на тешке (битне) и лаке (Стојчевић, Шупут, 2014:75-76).

У *тешке повреде изборног права* на изборном месту најчешће се убрајају: гласање уместо бирача, повреда тајности гласања, вишеструко гласање (ако један бирач добије два или више гласачких листића), присуство пропагандног материјала у радијусу ужем од 50 метара, одсуство чланова бирачког одбора (или њихових заменика) са бирачког места, долазак полиције на бирачко место без позива односно повода, гласање ван бирачког места без потврде о бирачком праву за гласање ван бирачког места, гласање без исправе за доказивање идентитета, онемогућавање бирача уписаног у списак да гласа, незаокруживање имена бирача у

бирачком списку или заокруживање имена другог бирача, утицање на бирачев избор од стране чланова бирачког одбора или трећих лица, непостојање контролног листића у гласачкој кутији, вишак листића у кутији (у односу на број гласалих бирача), измене бирачког списка на дан гласања, итд.

5. Заштита изборног права у фази утврђивања и објављивања резултата избора

По завршеном гласању, сходно одредбама члана 35. Закона, бирачки одбор приступа *утврђивању резултата гласања* на бирачком месту. Након утврђивања резултата гласања бирачки одбор попуњава *записник* о свом раду у који уноси: број примљених гласачких листића, број неупотребљених гласачких листића, број неважећих гласачких листића, број важећих гласачких листића, број гласова датих за сваку изборну листу, број бирача према изводу из бирачког списка и број бирача који су гласали. Након тога, у записник о раду бирачког одбора се уносе и *примедбе и мишљења* чланова бирачког одбора, подносилаца изборних листа, заједничких представника подносилаца изборних листа и све друге чињенице од значаја за гласање. На крају овог поступка, записник о раду бирачког одбора требало би да потпишу сви његови чланови.

Уколико се приликом утврђивања резултата гласања утврди да је број гласачких листића у гласачкој кутији већи од броја бирача који су гласали, или у гласачкој кутији није нађен контролни листић, бирачки одбор се распушта и именује се нови, а гласање на дотичном изборном месту се *понавља!*

По окончању утврђивања резултата гласања, бирачки одбор ће без одлагања, а најкасније у року од осам часова од затварања бирачких места, изборној комисији *доставити изборну документацију* о чему се саставља *посебан записник о примопредаји* (члан 48. Закона) који потписују представник изборне комисије и најмање два члана бирачког одбора. Сходно одредби члана 39. Закона, по пријему изборног материјала, а најкасније у року од 24 часа од затварања бирачких места, изборна комисија јединице локалне самоуправе утврђује: укупан број бирача уписаних у бирачки списак, број бирача који су гласали на бирачким местима, број бирача који су гласали ван бирачког места, укупан број примљених гласачких листића, укупан број неважећих гласачких листића, укупан број важећих гласачких листића и број гласова датих свакој изборној листи. Изборна комисија утврђује резултате гласања на бирачким местима најкасније у року од шест часова од достављања извештаја са бирачких места. Изборна

комисија сачињава посебан *записник о утврђеним резултатима избора*. Такође, сходно одредби става 4. члана 41. Закона, изборна комисија у року од 24 часа од затварања бирачких места *врши расподелу мандата* и о томе сачињава *посебан записник*. На крају ове фазе, према одредби члана 44. Закона, изборна комисија *објављује* резултате избора у року од 24 часа од затварања бирачких места. На утврђене резултате (број гласова) на одређеном бирачком месту могуће је поднети самосталан приговор или заједно са приговором на одлуку о расподели мандата!

Сходно одредби члана 43. Закона, изборна комисија јединице локалне самоуправе ће најкасније у року од 10 дана од дана објављивања укупних резултата избора све добијене мандате са изборне листе доделити кандидатима по редоследу на изборној листи, почев од првог кандидата са листе.

Изборна комисија доноси *збирно решење о додељивању мандата*, против кога је гарантована заштита путем приговора и евентуално касније жалбе. Тек по истеку рока за приговор и жалбу, изборна комисија јединице локалне самоуправе издаје појединачна *уверења о избору за одборника*. Према ставу Управног суда, жалба није допуштена против уверења општинске изборне комисије о избору одборника.⁶

6. Заштита изборног права у фази потврђивања мандата

По објављивању резултата избора (и уже посматрано, у постизборном процесу) поново се у поступак укључује скупштина јединице локалне самоуправе *верификацијом*, односно *потврђивањем мандата одборника на конститутивној седници* (према одредби члана 56. Закона о локалним изборима) на основу извештаја верификационе комисије и то јавним гласањем. У гласању о потврђивању учествују кандидати за одборнике којима су они додељени у складу са чланом 43. (или чланом 48) Закона уколико су добили уверење изборне комисије да су изабрани.

Закон прописује да је против овакве одлуке о потврђивању мандата одборника могуће изјавити одмах жалбу Управном суду (нема приговора), у року од 48 часова од дана доношења одлуке скупштине јединице локалне самоуправе. Као што видимо у овој ситуацији такође нема приговора, доносилац одлуке која се због одређених неправилности може оспоравати је скупштина јединице локалне самоуправе, а рок за изјављивање жалбе је два пута већи него у ситуацији са почетка текста када скупштина јединице локалне самоуправе својом одлуком формира градску, односно општинску

6 Решење Управног суда, 9 Уж. 3/2011 од 21.1.2011. године.

изборну комисију у сталном саставу и износи 48 часова од дана доношења одлуке. Предуслов за потврђивање мандата јесте одлука изборне комисије о додељивању мандата кандидату за одборника и уверење о избору за одборника.⁷

7. Форма и садржина приговора

Постоје две основне врсте приговора, као основног правног средства у поступку заштите изборног права на локалним изборима. Први, *приговор против одлука изборне комисије* и други, *приговор због неправилности у поступку спровођења изборних радњи*. Дакле, приговор није могуће користити против одлуке о расписивању избора коју доноси председник Народне скупштине сходно одредби члана 8. Закона о локалним изборима. Као што је већ речено, бирач, кандидат за одборника или предлагач кандидата имају право да поднесу приговор изборној комисији јединице локалне самоуправе због неправилности у поступку кандидовања, спровођења, утврђивања и објављивања резултата избора.

За разлику од поступка избора за народне посланике, приговор се подноси у року од 24 часа од дана када је донета одлука, односно извршена радња, тј. учињен пропуст (члан 52. Закона). Оно што се често пренебрегава јесте да тај рок истиче сутрадан у 24 часа!⁸ Даље, сви рокови у изборном поступку су императивни и хитни, тако да на њихово рачунање не утичу нерадни или дани празника, као што је то случај са роковима у управном поступку.⁹

Приговори се могу поделити у различите врсте и у зависности од тога на коју се неправилност или незаконитост њима указује. Битно је да приговор прати претходно изнете примедбе које су унете у записник о обављању појединих радњи у изборном поступку, односно друге одговарајуће доказе којима активно легитимисани учесници поступка заштите изборног права на локалним изборима могу доказати своје тврдње!

Форма приговора је писана. Најважније је да приговор треба да садржи наведене чињенице које указују на неправилности, доказе који потврђују постојање неправилности на које се указује, име, презиме и адресу подносиоца приговора, те (што је најважније) захтев за отклањање

7 Пресуда Управног суда, 9 Уж. 65/2013 од 30.7.2013. године.

8 Што је потврдио и Управни суд пресудом, II-4 Уж. 58/2012 од 3.4.2012. године: „Из списка предмета види се да је решење ... којим је проглашена изборна листа жалиоца донето 24.3.2012. године, у 11,00 часова, тако да се, према одредби члана 52. став 2. Закона, приговор против овог решења могао поднети најкасније истеком дана 25.3.2012. године, односно најкасније тога дана до 24,00 часа.“

9 Исто.

неправилности који се упућује изборној комисији! Оно што се овде, као и код избора за народне посланике, може појавити као проблем у раду изборне комисије јединице локалне самоуправе, јесте дилема да ли подносилац приговора има одговарајућу страначку легитимацију. Наиме, да би се ово са сигурношћу могло утврдити потребно је да подносилац приговора уз друге податке о свом идентитету наведе и свој јединствени матични број грађана како би се утврдило да се налази на бирачком списку за изборе у његовој јединици локалне самоуправе. Међутим, навођење овог податка није могуће захтевати због одговарајућих законских правила везаних за заштиту личних података!

Изборна комисија о приговору одлучује решењем које доноси у року од 48 часова и које након тога доставља подносиоцу приговора. Уколико га је том приликом усвојила, изборна комисија ће поништити одлуку или радњу.

8. Форма и садржина жалбе

Када се ради о поступку заштите изборног права на локалним изборима поводом аката и радњи изборне комисије и бирачких одбора, жалба Управном суду може се изјавити само против решења изборне комисије донетог *по претходно поднетом приговору*, а који је поднет због неправилности у поступку кандидовања, спровођења, утврђивања и објављивања резултата избора!

Жалба се изјављује непосредно Управном суду, у року од 24 часа од достављања одлуке (решења) о приговору, а *не преко изборне комисије* (као што је то случај када се ради о избору народних посланика). Овакав, погрешан начин изјављивања жалбе (који су чак и неке градске изборне комисије погрешно наводиле као исправан) имао је као последицу пропуштање рокова за изјављивање жалби, што је резултирало њиховим одбацивањем од стране Управног суда и губљењем могућности заштите изборног права у меритуму (Вуковић, Вучетић, 2012: 70-77). Изборна комисија је дужна да одмах, а најкасније у року од 12 часова Управном суду достави све потребне податке и списе за одлучивање. Жалбу странке могу послати и електронским путем, искључиво на адресу електронске поште Управног суда која је одређена за пријем електронских докумената (pisarnica@up.sud.rs).

Према Закону о локалним изборима, уколико се ради о актима скупштине јединице локалне самоуправе онда се, у поступку заштите изборног права на локалним изборима, одмах изјављује жалба Управном суду (без претходног подношења приговора), и то: против решења скупштине јединице локалне самоуправе о именовању председника и чланова изборне комисије у сталном саставу, у року од 24 часа од доношења решења (члан 14. став

11. Закона) и против одлуке скупштине општине јединице локалне самоуправе о потврђивању мандата одборника (у року од 48 часова од дана доношења одлуке – члан 56. став 7. Закона). Као што смо већ напоменули жалбу Управном суду могуће је изјавити и на одлуке скупштине јединице локалне самоуправе о престанку мандата одборника, као и о потврђивању мандата новом одборнику у року од 48 часова од дана доношења одлуке (члан 49. став 5. Закона).

Адресат жалбе је увек Управни суд (Немањина 9, Београд), а жалбу против одлуке изборне комисије, због погрешно утврђеног чињеничног стања, повреде процесног или материјалног права, изјављује подносилац приговора који је незадовољан решењем које је изборна комисија донела по приговору.

Управни суд ће, у поступку заштите изборног права на локалним изборима, примењивати одредбе Закона о управним споровима,¹⁰ како би одлуку (пресуду или решење) донео најкасније у року од 48 часова од дана пријема жалбе са списима. Ова одлука (пресуда или решење) је правноснажна, што значи да је није могуће оспоравати захтевом за ванредно преиспитивање судске одлуке, нити захтевом за понављање поступка (члан 54. став 5. Закона о локалним изборима).

Пошто Управни суд има овлашћења да одлучује у поступку пуне јурисдикције, онда то треба и да се тражи од њега жалбом, односно *жалбеним захтевом* – као најважнијим делом жалбе. Одлучивање у изборном спору пуне јурисдикције значи да ће суд преузети овлашћења органа за спровођење избора, те ће, након што нађе да одлуку или изборну радњу треба поништити, ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа довољан основ за то, својом одлуком (пресудом) *мериторно решити изборни спор* – а судска пресуда ће у свему заменити поништени акт (Цуцић, 2015: 262 и даље). Користећи ово своје овлашћење Управни суд је у спору пуне јурисдикције одбијао да прогласи изборне листе, распуштао бирачке одборе и налагао понављање гласања на одређеним бирачким местима чиме је значајно убрзао отклањање незаконитости у изборном процесу (Вуковић, Вучетић, 2012: 87-103).

Сходно одредбама члана 55. Закона, ако суд усвоји жалбу, поништиће одлуку или радњу у поступку предлагања кандидата, поступку избора одборника или ће поништити сам избор одборника, након чега је изборна комисија дужна да одговарајућу изборну радњу, односно изборе понови у року предвиђеном Законом за понављање избора, који се рачуна од дана доношења одлуке о поништавању.

10 *Сл. гласник РС*, 111/2009.

9. Закључак

Правни оквир за одржавање локалних избора и заштиту изборног права је, у основи, добро постављен, али су му потребна одређена подешавања како би се ускладиле различитости које постоје међу појединим врстама избора, поготово када се ради о роковима и начину изјављивања жалбе.

Рад је конципиран тако да прати логичан след појединих фаза у поступку заштите изборног права на локалним изборима (кандидовање, спровођење, утврђивање, објављивање резултата и потврђивање мандата) – много детаљеније него што је то урађено у одредбама свега шест чланова Закона о локалним изборима (51.-56.) који регулишу овај институт. Том приликом је указано на критичне тачке у свакој од фаза, и оне су додатно појашњене уз коришћење релеватне судске праксе Врховног и Управног суда као и одговарајуће стручне литературе. Аутор је посебно истакао изостанак појединих корака (пре свега подношења приговора) и различитост рокова уколико је субјекат, доносилац одлуке у изборном поступку, скупштина јединице локалне самоуправе, што је изузетак од правила да све релеватне одлуке у поступку заштите изборног права на локалним изборима доносе органи формиран за спровођење избора (изборне комисије и бирачки одбори). Истакнуто је и то из којих разлога се може оспоравати проглашена збирна изборна листа и извршена је подела неправилности у изборном поступку на битне и мање битне према томе да ли је обавезно поништавање резултата, распуштање бирачког одбора и понављање избора уколико се утврди њихово постојање.

На крају, аутор посебну пажњу посвећује облику и саставним деловима приговора и жалбе – аката којима се иницира поступак заштите изборног права и истиче могућност тражења од Управног суда да у спору пуне јурисдикције реши одговарајућу изборну ствар, што је Управни суд и чинио. Користећи ово своје овлашћење Управни суд је у спору пуне јурисдикције одбијао да прогласи изборне листе, распуштао бирачке одборе и налагао понављање гласања на одређеним бирачким местима чиме је значајно убрзао отклањање незаконитости у изборном процесу.

Литература

Вуковић Ђ., Вучетић Д. (2013), *Избори 2012: (не)регуларности у изборном процесу*. Ниш: Национална коалиција за децентрализацију.

Вучетић Д. (2015), *У сусрет неизбежној кодификацији изборног законодавства – шта треба променити у правном режиму заштите изборног права?* *Часопис за јавну политику ПОЛИС* бр. 9, 12-17.

Вучетић Д., Ранђеловић Н., Јанићијевић Д. (2014), Administrative-Judicial Protection Of Electoral Right – with analysis of the judicature of the Administrative Court of Serbia. *ТЕМЕ: Часопис за друштвене науке* 38, бр. 3. 1275-1276.

Стојчевић Т., Даниловић М и Шупут М. (2008), *Правна схватања и изводи из пресуда Врховног суда Србије: избори за народне посланике, избори за председника Републике*. Београд: Службени гласник.

Стојчевић Т., Шупут М. (2014), *Правна схватања и изводи из пресуда Врховног и Управног суда – Избори за народне посланике, Избори за председника Републике*. Београд: Службени гласник.

Цуцић В. (2015), *Управни спор пуне јурисдикције* (необјављена докторска дисертација), Београд: Правни факултет.

Правни извори:

Закон о избору народних посланика. Службени гласник РС. Бр. 35/00, 57/03 – одлука УС, 72/03 – др. закон, 18/04, 85/05 – др. закон, 101/05 – др. закон, 104/09 – др. закон, 28/11 – одлука УС и 36/11.

Закон о јединственом бирачком списку. Службени гласник РС. Бр. 104/09 и 99/11.

Закон о локалним изборима. Службени гласник РС. Бр. 129/2007, 34/2010 – одлука УС и 54/2011).

Закон о локалној самоуправи. Службени гласник РС. Бр. 129/07 и 83/14.

Закон о управним споровима. Службени гласник РС. Бр. 111/2009.

Пресуда Управног суда, I-3 Уж. 24/2012 од 8.3.2012. године.

Пресуда Управног суда, 9 Уж. 65/2013 од 30.7.2013. године.

Пресуда Управног суда, II-4 Уж. 58/2012 од 3.4.2012. године.

Решење Управног суда, 8 Уж. 6/2014 од 30.1.2014. године.

Решење Управног суда, 9 Уж. 3/2011 од 21.1.2011. године.

Решење Управног суда, III-3 Уж.. 21/2012 од 16.3.2012. године.

Упутство за спровођење Закона о јединственом бирачком списку. Службени гласник РС. Бр. 15/12.

Dejan Vučetić, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš, Serbia

**PROCEDURE FOR PROTECTION OF LOCAL ELECTIONS'
ELECTORAL RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Local elections in Serbia have been associated with a number of problems, ambiguities and irregularities despite almost a decade of unchanged legislative electoral framework. Some of the possible causes are different deadlines in comparison with the Republic elections, different route for Administrative Court of Appeal, partisan electoral administration, etc. For these reasons, the author provides a detailed analysis explaining separate phases of the procedure for protection of local elections' electoral rights in the Republic of Serbia.

Another goal of this study is to determine the causes which, in some cases, lead to the lack of effective administrative and judicial protection of electoral rights, and to identify possible improvements of the legal framework for protection of local elections' electoral rights in case of electoral legislation reform.

Keywords: local elections, electoral rights protection, complaint, appeal, Administrative Court.

КУПОПРОДАЈА НА ТРГУ У ДРЕВНОРУСКОМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Апстракт: У раду аутор анализира норме древноруског словенског права које прописују купопродају на тргу. Реч је о усменом начину закључења уговора о купопродаји у средњовековном руском праву, по правилу у присуству посебно одређених државних представника. Предмет овакве купопродаје биле су искључиво покретне ствари, најчешће робови, животиње или вредне драгоцености. Већина извора древноруског права помиње купопродају на тргу. То се посебно односи на Руску правду, Псковску судну грамоту и древноруске записе на брезиној кори.

Кључне речи: уговор о купопродаји, древноруски градови, облигационо право, градски трг, Руска правда, Псковска судна грамота, исправе.

У класичном римском праву, купопродаја (emptio-venditio) сматрала се консесуалним контрактом којим се једна страна (продавац) обавезала да преда другој страни (купцу) одређену ствар, а купац се обавезао да исплати одређену цену. Битни елементи уговора су предмет и цена.¹

Купопродаја је најзаступљенији облигационоправни уговор уопште. Уговор о купопродаји у древноруском праву посматра се преко најмање два критеријума. То су предмет уговора и начин његовог закључења. У древноруском праву, по правилу, покретне ствари биле су предмет оних уговора који су се закључивали усмено, док су непокретне ствари биле предмет купопродајних уговора у писаној форми.

Карактеристично за купопродају да је назив за њу истоветног корена и порекла у свим словенским језицима, а самим тим и у правним системима. У обичајном праву Словена од најдубље старине користи се термин

1 Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1966, стр. 250.

“купити”. Та реч вероватно је преузета од Гота или Германа у периоду родовско-племенске заједнице.²

Усмено закључивање свих уговора свакако је претходило писаној форми. То се односи и на уговор о купопродаји. Руска и правда и Псковска судна грамота, у том погледу, сведоче о другачијој правној техници у различитим епохама развоја древноруског права. Руска правда, чији поједини чланови сежу у дубоку старину, одсликава примитивније правно резонување и њене малобројне одредбе о купопродаји на тргу прописују усмено закључење, уз присуство сведока или представника кнежевске власти. Псковска судна грамота и Судебник из 1497. године, по угледу на Руску правду, такође садрже одредбе о усменом закључивању купопродајних уговора на тргу пред сведоцима. Међутим, за разлику од Руске правде, Псковска судна грамота садржи и чланове који прописују писану форму закључења купопродајних уговора. Предмет таквог уговора по правилу је земља.

Што се тиче предмета купопродајних уговора древноруског права, вредније покретне ствари су се продавале и куповале по правилу на тргу, пред сведоцима или јавношћу. Остале покретне ствари биле су предмет купопродајних уговора који су закључивани и извршавани потпуно неформално, чак и без сведока и присуства јавности. Писана форма закључења купопродаје покретних ствари била је изузетно ретка у руском средњовековном приватном праву и треба је посматрати као изузетак. Потпуно је другачија ситуација када је предмет купопродаје била непокретна имовина. Такви уговори су се од XIII века закључивали у посебно прописаној писаној форми, уз поштовање стандардног образаца. Купопродајне исправе, (“купче грамоте”) морале су садржати имена купца и продавца, прецизно одређену непокретност са међама, купопродајну цену и сведоке, а у великом броју случајева и клаузуле о заштити од евикције, неприкосновености својине над прибављеном ствари, као и одредбе о евентуалном заступању, увођење у земљишни посед и слично.

1. Купопродаја на тргу

У периоду IX-XII века писана форма уговора о купопродаји није била развијена, тако да су уговори о купопродаји остали у сфери усменог закључивања. Уговор о купопродаји био је најзаступљенији у свакодневном животу, а предмет уговора биле су и покретне и непокретне ствари. Карактеристично за древноруско право било је да су се уговори о купопродаји вреднијих ствари закључивали јавно, на тргу, како би се избегле ситуације

2 К. Кадлец, *Првобитно словенско право пре X века*, Београд 1924, стр. 88.

у којима се имовина враћала лицу које је оспорило уговор.³ У том погледу, веома су илустративни чланови 37. и 39. Шире правде. Ове одредбе древноруског права сведоче о посебном начину купопродаје ствари на јавном месту који потиче из периода првобитног уређења и недовољно раширене писмености у друштву. Вероватно се овај начин закључења уговора дуго одржао у пракси само за продају вреднијих ствари (коња, робова, одеће или стоке). Био је сматран добрим разлогом за искључење куповине украдених ствари.

У Руској правди нема изричитог помена уговора о купопродаји, али из читавог низа њених чланова (Шира правда, чланови 32-39) посредно сазнајемо о постојању уговора о купопродаји на тргу. Ова група одредаба сматра се засебном целином Шире руске правде. Да би се стекла потпуна слика о купопродаји на тргу, неопходна је анализа свих чланова као јединствене целине. Наведена група чланова посвећена је више кривичној него имовинској одговорности, што је потпуно разумљиво када се узме у обзир да је Руска правда најстарији правни зборник Источних Словена. Из кривичне одговорности, тј. различитих случајева крађе чељадина (робова), коња, одеће или стоке, индиректно се сазнаје да су се ове врсте покретних ствари куповале и продавале на тргу. Доказним средствима којима се утврђивала невиност оптуженог у кривичном судском поступку, истовремено се потврђивала савесност купца као уговорне стране у приватном праву. У периоду важења Руске правде излишно је и размишљати о разлици између грађанског и кривичног судског поступка. Међу њеним члановима који првенствено прописују кривичну одговорност за крађу покретних ствари, сакривена је и најстарија форма закључења купопродајних уговора – јавно, усмено, на тргу и пред тачно одређеним сведоцима.

У древноруском праву, дакле, најстарији начин закључења купопродаје била је куповина покретних ствари на тргу. Тада је ово био једини могући вид куповине и продаје вреднијих покретних ствари. Ваљаност купопродаје као правног посла доказивала се сведоцима (послухима), заклетвом купца о његовој савесности и помоћу древне општесловенске установе "свод"⁴. Норме Руске правде и Псковске судне грамоте сведоче о томе.

3 Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Београд 2000, стр. 170.

4 Установа "свод" у средњем веку постоји код свих словенских народа. Реч је о рационалном доказном средству. Дословно, "свод" значи суочење, свођење сумње са себе. У имовинскоправним споровима, помоћу "свода" се доказивала савесност прибавиоца спорне купљене ствари. Био је то инструмент заштите савесних купаца покретних ствари. О "своду" као прасловенском и општесловенском правном институту видети више у А. Ђорђевић, *Свод, присяга, соприсяжные и ордалии в славянских источниках права*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш 2007, стр. 159-169.

Без обзира што носи наслов *О татби (крађи)*, члан 37. Шире Руске правде прописује и куповину и продају ствари на тргу. Он гласи: *“Ако неко на тргу купи нешто што је украдено, било коња, одећу или стоку, тада нека (као сведоке) обезбеди митника (порезника, цариника) или два слободна мужа; ако се не сећа од кога је купио, ови видоци нека положи заклетву, а тужилац нека узме своје; оно што је при том нестало, овај треба да прежали, а онај ће прежалити своје паре, јер не зна од кога је купио (спорну ствар); ако касније препозна од кога је купио, узмеће (натраг) свој новац, тај ће платити што је код њега нестало, а кнезу продажу (казну)”*⁵. Предмет купопродаје закључене на тргу, јавно и пред сведоцима биле су вредније ствари – коњ, одећа или стока. Уговор се склапао пред сведоцима чије је присуство на тргу обезбеђивао купац. Сведоци су, као што се види из текста ове одредбе, или два слободна човека, (“мужа”) или овлашћени представник државе (“митник”).⁶ Правна ваљаност уговора зависила је од присуства сведока. Други део овог члана посвећен је заштити сопственика спорне купљене ствари, који је могао да узме од савесног купца украдену ствар. Ту ствар је очигледно купио од невластника. Тек када би савесни купац пронашао продаваца од којег је купио спорну ствар, могао је да тражи повраћај свог новца који му је дао на име купопродајне цене, а продавац који није био власник сносио је материјалну одговорност и према сопственику и према држави (кнезу). Исте сведоке (два слободна мужа и митника) помиње и члан 39. Шире правде, потврђујући њихово обавезно присуство приликом закључења уговора о купопродаји на тргу: *“...тужени исто тако нека доведе послухе (овде: сведоке) или митника пред којима је (спорно) било купљено...”*⁷.

У литератури постоје и другачија мишљења. М. Ф. Владимирски-Буданов тврди да се, у доба важења Руске правде, купопродаја покретних ствари закључивала простом сагласношћу страна и предајом ствари, док одредбе о сведоцима имају значај само у случају евентуалног судског поступка. Једино је купопродаја робова била изузетак.⁸ Ову тврдњу је ипак тешко прихватити, јер се из поменутих чланова Руске правде види да је за правоваљаност уговора неопходно присуство обичних и нарочитих сведока приликом закључења уговора о купопродаји на тргу. Посебно је тешко прихватити да је проста сагласност уговорних страна и предаја ствари

5 Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш 2011, стр. 126.

6 “Мытник” (митник) – лице које скупља трговинску дажбину, цариник у ширем смислу речи. М. А. Исаев, *Толковъий словарь древнерусскихъ юридическихъ терминовъ*, Москва 2001, стр. 62.

7 Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, стр. 127.

8 М. Ф. Владимирский –Буданов, *Обзор истории русского права*, С. Петербург 1869, стр. 694-695.

била довољна у случају правног промета вреднијих ствари (коња, стоке или скупоцене одеће).

Хипотезу М. Ф. Владимирског-Буданова могуће је прихватити само делимично, у ситуацијама када су предмет купопродаје биле мање вредне ствари и то у средини у којој су се сви евентуални субјекти правних послова лично познавали. У условима још увек недовољно развијене натуралне привреде, у епохи важења Руске правде, сведоци су представљали конститутиван елемент закључења уговора о купопродаји вреднијих покретних ствари. Без присуства сведока уговор не би био правоваљан. Место закључења уговора о купопродаји довољно говори само за себе. Тргови у средњовековним руским градовима били су састајалишта многобројних учесника у разним пословима. Тамо је у сваком тренутку, уз велики број слободних људи, занатлија, трговаца, припадника градске аристократије, сељака, трговаца из осталих градова и других земаља, обавезно морало бити и овлашћених представника државне власти – “митника”, “отрока”, “посадника” и других представника градских власти. Понуда и тражња такође су разлози куповине на тргу. Када би неко продавао или куповао вреднију ствар, на тргу је могао лакше да сазна њену оквирну вредност. Купопродаја на тргу у руским градовима имала је своју оправданост посебно у првим деценијама правног промета ране руске државе. Сам чин закључења уговора на тргу суштински је замењивао писану форму. На тргу се одвијао сав економски, политички, па и приватноправни живот једног руског средњовековног града.⁹

Извори древноруског права не наводе изричито да ли се купопродаја робова закључивала на тргу. Постоји индиција да су се и робови продавали и куповали на тргу. Члан 55. Шире руске правде прописује: *“Ако је неко многима дужан, па дође трговац из другог града или странац, те му, не знајући, препусти своју робу, па (презадужени) неће да том трговцу преда новац, а први (ранији, његови?) дужници почну да га спречавају не дајући му новац, тада ‘вести’ на трг и продати, па најпре вратити новац страном трговцу, а домаћи нека поделе оно што преостане; ако је и кнезу дуговао, најпре њему исплатити, а остатак нека се дели...”*¹⁰ Ову одредбу Шире руске правде треба вишеструко анализирати. Формулација *‘вести’ на трг и продати* може се схватити двојачко: продати робу или продати дужника. Будући да је познато да су робови били предмет промета у древноруском праву, као и чињеницу да је дужник презадужен и да нема своју робу, треба прихватити друго значење, тј. да је законодавац имао у виду продају презадуженог,

9 Видети: М. Н. Тихомиров, *Древнерусские города*, Москва 1951, одељак “Градска трговина”, стр. 94-105.

10 Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, стр. 128-129.

до тада слободног човека. Овај члан Руске правде прописује дакле могућност дужничког ропства за оно лице које својом имовином не може да врати дугове. Уз "чељадина" и "холопа", предмет купопродаје могли су да буду и дужнички робови. С друге стране, ова одредба древноруског права указује на постојање старог правила приватног права формулисаног још у римском праву: *prior tempore potior iure*, уз извесне изузетке. Уколико је поверилац био кнез, или страни трговац ("гост"), правило *први у времену јачи у праву* није се примењивало на доспело потраживање. Они су били изузети од примене овог начела и њихова потраживања су имала предност у наплаћивању. Презадужено лице које је због тога губило слободу, било је одвођено на трг, на место где се вршила купопродаја других покретних ствари. Посредно се може извести закључак да су се и друге врсте робова куповале и продавале на градским трговима, иако о томе нема непосредних података у тексту Руске правде.

Куповину на тргу као најстарији облик купопродаје предвиђа и члан 46. Псковске судне грамоте: *"Ако неки човек препозна своју украдену ствар, (овај други) нека каже **купио сам је на тргу**, а не познајем тога (продавца), тада треба он (савесни држалац) да да правду (о томе), да је он правоваљано (у оригиналу: чисто) купио, а са крадљивцем није поделио (корист); уколико (тужени) не приведе на суд (лице од кога је купио препознату ствар), а сам није украо и није закључио уговор (у оригиналу: а пословици не било будет) (с крадљивцем), да му се не усвоји тужбени захтев."*¹¹ За разлику од Руске правде, ова одредба Псковске судне грамоте не помиње ни сведоке ни митника. Псковска грамота инсистира на полагању заклетве туженог, у овом случају савесног купца, што се означавало формулацијом ("да да правду"). Разлика постоји у примени доказног средства за заштиту савесности купца, мада је поступак сличан. По Руској правди заклетву о савесности купца полагају сведоци, а по нормама Грамоте сам купац.

Посредно из садржине члана 46. Псковске судне грамоте сазнајемо и о првобитној форми уговора о купопродаји на северозападу Русије. Она се такође обављала усмено и на тргу, пред очима тадашње јавности. Псковска судна грамота, дакле, у овом случају није изузетак у односу на раније донет правни зборник. Она садржи и чланове који прописују закључење уговора у писаној форми, али и архаичне облике закључења облигационоправних послова. Такав дуализам правних резоновања уобичајена је појава у средњем веку, будући да тадашњи правни зборници бележе норме из различитих епоха развоја права.

11 *Российское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Том 1, Москва 1984, стр. 336.*

Недоумице у тумачењу овог члана Псковске судне грамоте изазива други део њеног члана 46. и реч “пословица” у оригиналу. Неки истраживачи тумаче је као сумњу, подозрење¹² да је тужени раније чинио кривично дело крађе, а други као постојање договора, сагласности, усменог уговора.¹³ Треба прихватити друго тумачење. На тај начин ова правна норма добија логичан смисао. Уколико савесни купац положи заклетву, ослобађа се кривице, тј. не одговара сопственику ствари зато што је савестан. Он ствар враћа власнику, што је сагласно нормама Руске правде. Али, да би наплатио своју штету, он мора да приведе на суд онога од кога је купио спорну ствар. Уколико га не приведе, суд га не прогласи крадљивцем или ако нема “пословицу”, тј. ако не докаже да је ствар држи на основу усменог уговора, он ће изгубити парницу. Управо на савесног купца се односе речи “да му се не усвоји тужбени захтев.” Он је тужени у спору за одузимање ствари, али ће касније бити и тужилац у новом поступку поводом спора за накнаду штете. У том новом поступку тужени ће бити продавац невластник. Логично је да је купац морао с њим закључити било какав уговор, што се подразумева под изразом “пословица”.

Следећи по реду члан Псковске судне грамоте, члан 47, само разрађује норму члана 46. о купопродаји покретних ствари. Он се односи на купопродају у другој земљи (иностранству) или другом граду и прописује: “Ако неко нешто **купи у туђој земљи или граду**, или неко пронађе негде нађе туђу ствар, а неко (други) на њу положи своје право, да се пресуди као на тргу.”¹⁴ У случају купопродаје покретне ствари у туђој земљи или граду, примењивала су се иста правила као приликом купопродаје на тргу. Тужени купац доказивао је заклетвом своју савесност уколико није било сведока. Истовремено, у другом потпуно одвојеном поступку за накнаду штете против продавца, купац је морао доказати постојање усменог уговора (“пословице”).

Одредба Псковске судне грамоте формулисана у члану 56. још детаљније прописује начин закључења купопродаје на тргу: “А такође, ко је **купио на тргу**, и од кога је купио, не познаје га, а то је познато добрим људима, он треба да има 4-5 човека, да кажу пред Богом право, пред нама је на тргу купљено, да ли је тај прав, за кога гарантују, и целованије му није потребно;

12 Једно од таквих тумачења предложено је у речнику древноруског језика. И. И. Сразневский, *Материалы для словаря древне-русского языка по письменным памятникам*, Том 2, стр. 1236.

13 А. А. Зимин, *Памятники русского права, вып. 2*, Москва 1953, стр. 356. М. А. Исаев, *Толковый словарь древнерусских юридических терминов*, стр. 78-79.

14 *Российское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Том 1*, стр. 336.

*а ако (купац) нема сведока, тада да да правду, а њему да се (купљена ствар) не досуди (ако не да правду)*¹⁵ Полагање заклетве (*“да да правду”*), било је алтернативно доказно средство које се примењивало тек у случају да није било сведока приликом закључења купопродаје. Истоветно значење има и израз *“целованије”*. У Новгороду и Пскову, на северозападу руског средњовековног света, њиме се такође означавало полагање заклетве љубљењем (целивањем) крста или светих предмета.¹⁶ Из текста овог члана види се да су *“целованије”* и *“давање правде”* синоними, будући да Псковска судна грамота прописује полагање очишћујуће заклетве тек уколико нема сведока који би потврдили савесност купца и правоваљаност закљученог уговора. За правоваљано закључење уговора о купопродаји, било је потребно присуство 4-5 сведока, који би потврдили да је ствар купљена на тргу. Тек уколико сведока није било, купац је полагањем заклетве могао доказивати правни основ прибављања ствари.

Одредбе члана 56. ПСГ на први поглед противурече нормама из чланова 46. и 47. истог правног зборника. Разлика је у начину доказивања савесности купца. Чланови 46. и 47. помињу заклетву купца, док члан 56. наводи сведоке, односно добре људе без прецизно утврђеног броја (4-5). На основу анализе свих наведених чланова, закључујемо да је Псковска судна грамота прописала купопродају на тргу као један од начина закључења овог облигационоправног уговора и да су се норме о заштити савесности купца примењивале у евентуалним споровима. Псковска судна грамота, за разлику од Руске правде, не наводи изричито које су се ствари куповале и продавале на тргу. Основано се може претпостављати да су предмет уговора о купопродаји на тргу биле вредније покретне ствари.

Најбоља потврда да су се купопродаја и други облигациони правни послови закључивали јавно и усмено на тргу, у присуству сведока, јесте текст берестјане грамоте № 154: *“Упитали праведчики Оманта (зашто је) подигао тужбу Филип против Ивана Стојка. (Омант је рекао) Видео сам и чуо (то што се десило) између Филипа и Ивана. Филип је дао Стојку три рубље сребра и седам гривни и коња. (Сада) се Стојко под заклетвом правда пред*

15 *Российское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Том 1, стр. 336.*

16 *“Крестное целование”, “крестоцелование” или само “целование” јесте израз који се често среће у правним изворима средњовековне Русије. Реч је о начину полагања заклетве љубљењем (целивањем) крста. Позната је и у другим средњовековним правним системима као доказно средство. У древноруском праву користила се и приликом постављења на важну државну функцију, као доказно средство на суду, али и као начин закључења јавноправних, међубласних и међудржавних уговора. П. Ф. Стефанович, *Крестоцелование и отношение к нему церкви в Древней Руси, в Средневековая Русь 5*, Москва 2004, стр. 86-113.*

*посадником и сотским. То се десило данас на Ускрс, то се десило на погосту, на тргу.*¹⁷

Новгородска берестјана грамота № 154 вероватно представља део записника са суђења. Извесни Омант на суд је позван у својству сведока и он, у складу са постојећом праксом у древноруском праву, под заклетвом треба да потврди речи повериоца-тужиоца о предмету закљученог правног посла. Из текста овог записника са суђења не види се јасно који је правни посао закључен на тргу. То је могао бити зајам, послуга, купопродаја или чак и закуп покретне ствари, а могуће је да су истовремено Филип и Стојко закључили више различитих правних послова. Настало је потраживање Филипа према Ивану Стојку, а настанку тог потраживања (које је проистекло из закључења једног или више уговора) присуствовао је извесни Омант који сада даје исказ на суду. Ова берестјана грамота потврђује да су се у древноруском приватном праву примењивале норме Руске правде, Псковске судне грамоте и руског средњовековног обичајног права у целини, будући да је палеографском анализом утврђено да је берестјана грамота № 154 сачињена у XIV или XV веку.¹⁸

Купопродаја вреднијих ствари на тргу прописана је и Судебником Ивана III Васиљевича из 1497. године. Одговарајуће правне норме Руске правде и Псковске судне грамоте вероватно су утицале на садржину овог правног зборника с краја XV века. Члан 46. Судебника носи наслов *“О трговцима”* и гласи: *“Ако неко купи на тргу нешто ново, а посебно коња, а од кога купи, не познаје га, а то буде познато добрим људима двојици или тројици и они се заузму за њега, да ти добри људи кажу по праву да је пред њима купио на тргу, тада да је прав тај за кога су се заузели и целованија да не буде”*.¹⁹ Ова одредба Судебника готово је истоветна са одговарајућом одредбом Псковске судне грамоте, будући да су правила о купопродаји дословно преузета. Разлика је само у броју потребних “добрих људи”, сведока закључења уговора о купопродаји на тргу. За разлику од Грамоте, Судебник прописује да је за правоваљаност уговора довољно присуство два или три

17 А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, Москва 2004, стр. 672. По речима овог истраживача, “праведчики” су могли бити и судски истражитељи и судски извршиоци, у сваком случају су помоћници суда са посебном надлежношћу. По тексту берестјане грамоте, изгледа да су у конкретном случају били у функцији истражитеља. Посадник је челник градске администрације у Пскову и Новгороду, а “сотски” су били његови и кнежеви помоћници у разним државним пословима, па и у суђењу.

18 А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1955 года)*, Москва 1958, стр. 33.

19 *Российское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Том 2*, Москва 1985, стр. 60.

сведока. Слично се може тврдити и за следећи члан Судебника, члан 47, који прописује услове за ваљаност купопродаје у иностранству, (у оригиналу "на чужој земли" – у туђој земљи).²⁰ Овај члан Судебника имао је узор у члану 47. Псковске судне грамоте.

Закључак

Закључивање купопродајних уговора на тргу вероватно је, судећи по одговарајућим нормама древноруских правних текстова, један од најстаријих начина закључења уговора уопште. Три правна зборника из три различите епохе древноруског права веома слично регулишу купопродају на тргу. То се најчешће односило на куповину покретних ствари које су имале већу вредност. Одговарајуће одредбе древноруског права показују да се купопродаја на тргу закључивала континуирано од XI до XV века у Кијевској Русији, северозападним градовима, али и у Московској Русији. Током времена, начин закључења уговора о купопродаји прошао је пут од усмене до писане форме, али је закључење купопродаје вреднијих покретних ствари на тргу опстало. Тиме је учињен уступак овом архаичном начину закључења уговора. Древноруско обичајно право било је јаче од новоуведених установа облигационог и приватног права. Два система закључења уговора о купопродаји покретних ствари постојала су паралелно у пракси. Очигледно да је усмена купопродаја на тргу била дубоко укорењена у свести средњовековних руских људи. Састављачи древноруских правних зборника нису ни покушали да укину утемељено обичајно право, већ су га стално изнова кодификовали. Веома је значајна и једна берестјана грамота која непосредно сведочи о примени поменутих правних обичаја у пракси. Из њеног текста се види да су појединци закључивали купопродају на градским трговима, и то баш онако како је то прописано у правним нормама сва три древноруска зборника права. По члану 55. Шире правде, била је могућа чак и продаја презадуженог трговца која се такође обављала на тргу.

20 *Российское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, Том 2, стр. 60.*

Aleksandar Đorđević, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Purchase and Sale of Goods in Town Squares in the Ancient-Russian Slavic Law

Summary

In this paper, the author analyses the provisions of the Ancient-Russian Slavic Law that regulated purchase and sale of goods in town squares. In the medieval Russian law, sales contracts were concluded in oral form and, as a rule, in the presence of authorized state officials. The most common subject matter of these sales contracts was movable property, such as slaves, animals or valuables. The purchase and sale of movable property in town squares is mentioned in most sources of Ancient Russian law, including the following historical documents: the Ruskaya Pravda (Justice), the Pskovska Sudna Gramota and the ancient Russian inscriptions on the bark of the birch tree.

Keywords: purchase and sale contract, ancient Russians towns, contract law, town square, Ruskaya Pravda, Pskovska Sudna Gramota, documents

ФИСКАЛНИ ДОПРИНОС ИНТЕРНЕТ ПОРЕЗА

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесу правни аспекти опорезивања електронске трговине у савременим јавним финансијама и њен фискални значај. У том смислу се, најпре, разматрају појам и модалитети пореза који се плаћају приликом купопродаје добара и услуга путем интернет сервиса, као и предности и недостаци коришћења овог инструмента за финансирање јавних добара кроз искуства земаља које се сматрају лидерима у овој области. Предмет анализе биће и теза по којој опорезивање интернета није потребно, јер је реч о релативно новим технологијама које се могу изузети од опорезивања из разлога што још увек нису довољно конкурентне и развијене, али динамичан прогрес у овој области наводи на питање колико се прихода држава одриче том приликом што у условима финансијске кризе и високог јавног дуга добија на посебном значају. У даљем тексту се посебна пажња посвећује оптималном обликовању ових пореза, о чијим конститутивним елементима не постоји јединствено схватање у теорији, преваходно, у погледу одређивања пореског предмета, пореског обвезника и пореске стопе из разлога што опорезивање трансакција у кибернетском простору представља веома софистицирану област.

Кључне речи: интернет порези, пореска издашност, електронско пословање, пореска правичност, фискални значај.

1. Увод

Убрзани трансфер технике, технологије и знања као један од приоритетних циљева економске политике свих земаља у свету јесте услов преласка из индустријског у пост-индустријско (информатичко) друштво. Развој информационих технологија које омогућавају примену интернета у комерцијалне сврхе, отворио је ново поглавље у области

купопродајних трансакција које се све више измештају у кибернетски простор. Електронско пословање не признаје државне границе што у великој мери отежава наплату пореза узимајући у обзир чињеницу да многи купци и продавци послују само са својих електронских адреса које се налазе на бесплатним серверима и не садрже податке о физичким адресама.¹ Нормативно регулисање електронске трговине представља велики изазов за законодавца и интересе фискаса (државе), у смислу одређивања порескоправног третмана електронских трансакција. Наиме, у финансијској литератури постоје опречна схватања о правној оправданости и економској ефикасности тзв. интернет пореза, у контексту прецизног регламентирања правноекономског чињеничног стања обухваћеног правном нормом и дефинисања конститутивних елемената једног таквог пореза.

2. Појам интернет пореза

У финансијској теорији се не може наићи на универзалну (опште прихваћену дефиницију) пореза који би се плаћао на трансакције путем интернета што у великој мери отежава правну анализу легитимитета овог пореског облика. Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNICTRAL) дефинише електронску трговину на начин *en general*: „као скуп свих комерцијалних активности предузетих кроз размену информација, генерисаних или ускладиштених на електронски, оптички или аналогни начин“.² Можемо приметити да се ради о правном стандарду који омогућава екстензивно тумачење, зависно од ситуационих околности и друштвених оквира конкретног случаја, што је у емпирији економског права уобичајено када је реч о развоју релативно нових привредних делатности и грана (јер се унапред не могу предвидети сви појавни облици предмета правне норме). У случају развоја кибернетског права управо се и о томе ради. Данас се под појмом интернета не подразумева само првобитна дисеминација информација, већ и различите финансијске услуге попут кућног банкарства, електронског трансфера хартија од вредности, плаћања и процеса бизнис реинжињеринга.³ У условима

1 Д. Прља, М. Рељановић, З. Ивановић, *Интернет право*, Институт за упоредно право, Београд, 2012, стр. 107.

2 R. Hill, I. Walden, *The Draft UNICTRAL Model Law for Electronic Commerce: Issues and Solutions*, No.133, *Computer Law* 18, 1996, pp. 321-325.

3 C. W. Harding, *Selected Issues in Electronic Commerce, New Technologies and Legal Paradigms*, 491, *PLI/Pat* 7, 1997, p.110.

финансијске кризе и отежане репатријације јавног зајма, опорезивање комерцијалних интернет трансакција добија на посебном значају.

У разумевању потребе за опорезивањем интернет трансакција неопходно је указати на дистинкцију између *пореза на потрошњу* и *пореза на држање и употребу добара*. Порези на потрошњу укључују се у цену производа и услуга и преваљују се на пореског дестинатара (финалног потрошача), док се код пореза на држање добара и услуга опорезује корист коју порески обвезник стиче (ужива) куповином уговорног предмета. Порез на држање и употребу добара се плаћа једнократно приликом куповине покретних ствари на основу уживања једног или више својинских овлашћења, попут права власништва, коришћења, позајмљивања или лизинга.⁴ Уколико би се се опорезивање интернета нормативно регулисало порезима на држање и употребу добара и услуга, то би имлицирало примену *технике самоопорезивања* у циљу оптималне имплементације пореза. Значајан број пореских обвезника не поседује потребна знања за израчунавање пореског дуга, услед чега би фискус морао да издвоји значајна средства предвиђена за обучавање грађана техници самоопорезивања.⁵ Други проблем код примене пореза на држање добара односи се на савесност пореских обвезника у измиривању пореске обавезе, односно реално исказивање користи и степена задовољења преференција приликом обављања електронске трговине. Наплата овако схваћеног интернет пореза била би у великој мери отежана и због појаве материјалних трошкова везаних за идентификовање и праћење потрошачких навика пореских обвезника у електронским трансакцијама.⁶

У финансијској теорији се истиче да би опорезивање интернет трансакција требало реализовати кроз одговарајуће облике пореза на потрошњу који имају квалитативне предности наспрам пореза на држање и употребу добара. Продавци који своје производе продају путем интернета показују јасне интенције за обрачунавање и плаћање пореза (за разлику од финалних потрошача), поседују неопходне технолошке и рачуноводствене услове за обрачун пореза, као и укључивање свих неопходних трансакција у пореску основицу. Свакако, *мишљења смо*, да се предности опорезивања интернет трансакција кроз модалитете пореза на потрошњу могу остварити под условом да се продавци понашају *bona fides* и да исказују потребан ниво пореске свести у испуњавању пореских дужности, што не мора увек бити случај.

4 E. Menhart, *Taxing the Internet: Analyzing the States' Plan to Derive Online Sales Revenue*, Journal of State Taxation, Vol. 25, No. 5, July-August 2007, pp. 23-24.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

Порескоправно регулисање електронске трговине представља контроверзно питање у савременој фискалној политици, превасходно због простора у коме се трансакција одвија и потребе доношења јасних и конзистентних пореских закона којима би се ова област уредила без постојања значајнијих правних празнина. Мотиви за усвајање ефикасног пореског законодавства у овој области се могу веома разликовати. Тако, примера ради, пореска администрација САД наглашава позитивне екстерне ефекте употребе интернета у комерцијалне сврхе (попут смањивања трансакционих трошкова елиминисањем посредника, ефикасно снабдевање и оптимално задовољење преференција купаца), због чега се сматра да порески терет у овој области мора остати минималан.⁷ Са друге стране, опште расположење које постоји међу субјектима економске политике земаља чланица Европске уније се не бави толико фискалним значајем опорезивања интернет трансакција, колико потребом за адекватном заштитом личних података купаца у електронској трговини (превасходно заштитом њихове приватности).⁸

Како плаћање пореза представља општу грађанску дужност, сваки нови порески облик мора да задовољи одређене порескоправне принципе, почев од економских и финансијских, преко социјалнополитичких и пореско-техничких начела не би ли био оправдан у свести пореских обвезника. Велики изазов у наметању интернет пореза представља испуњавање *начела пореске неутралности*, по коме би се доходак остварен електронским пословањем третитрао као и сваки други доходак који представља извор опорезивања попут оног оствареног традиционалним трговином. Истовремено, велики проблем остаје и утврђивање одлучујућих чињеница за одређивање статуса пореског обвезника (принципа пореског резиденства или пребивалишта, тј. седишта стварне ефективне управе компанија или пословних јединица), јер је реч о пореским субјектима који виртуелно обављају своје трансакције. Истовремено, проблем законите нелегитимне пореске евазије у међународним оквирима би са наметањем овог пореског облика добио нову екстерну димензију и отежао расподелу укупног пореског терета у складу са захтевом вертикалне правичности, по коме свако мора да плаћа порез у складу са својом економском снагом. Такође, наметање новог пореског облика требало би да буде и пропраћено адекватним смањењем укупног пореског оптерећења, јер се порески обвезници, субјективно већ осећају преопорезованим и близу границе апсолутног пореског лимита, због чега тешко прихватају нове пореске дужности.

7 *The Clinton Administration, A Framework for Global Electronic Commerce, 1997.*

8 *European Commission, A European Initiative in Electronic Commerce, 1997.*

Велику препреку у увођењу интернет пореза представља и чињеница да овај порез спада у групу пореза на потрошњу, чије су две главне карактеристике регресивност и преваљивост. Опорезивање електронских трансакција кроз структуру пореза на додату вредност би само продубило димензију крајњег пореског терета који пада на пореског дестинатара. Поред овог проблема, присутан је и проблем двоструког правног опорезивања из разлога што, компаније које продају производе и своје услуге преко интернета, не потичу из истих земаља као и купци, што намеће потребу за изналагањем софистицираних метода и мера за спречавање двоструког опорезивања (посебно решења за одобравање пореског кредита).

Противници увођења интернет пореза истичу да увођење пореза у индустрији у којој постоје високи фиксни трошкови производње (каква је електронска трговина), могу повећати аликуотни губитак дела друштвеног благостања у много већим размерама него што је то случај са гранама индустрије у којима не постоје високи фиксни трошкови. У опорезивању електронске трговине, посебна пажња се мора посветити висини пореске стопе, која би у случају да је постављена на превише високом нивоу, могла да произведе ефекат супституције и тиме успори даљи развој електронске трговине. Из тог разлога, све већи број аутора стаје на становиште да би у опорезивању електронске трговине требало користити *преференцијалне пореске режиме* или *пореска ослобођења и подстицаје*, док се интернет индустрија не развије до оног нивоа када такав режим више неће бити потребан. У том смислу, различите студије указују на чињеницу да наметање пореза на интернет трансакције од само 1%, смањује куповину преко интернета за чак 4% и повећава обим физичке купопродаје.⁹ Без обзира на смањену употребу интернета у сврху куповине до које би дошло услед увођења овог пореског облика, сматра се да би на овај начин држава могла да прикупи више милиона долара на годишњем нивоу (само на подручју САД-а), што у условима дужничке кризе није занемарљива чињеница.¹⁰

Неопорезивање интернет трансакција могло би да доведе у неправичан положај све оне привредне субјекте (пореске обвезнике) који не обављају трансакције у поменутој области. То би за последицу имало њихово сељење из традиционалних трговинских токова у сферу електронске трговине у циљу избегавања плаћања пореза. У таквим околностима би дошло до успостављања нелојалне пореске конкуренције између фирми

9 L. Einav, D. Knoepfle, J. Lavin, N. Sundaresan, *Sales Taxes and Internet Commerce*, Working Paper 2012, pp.2-20.

10 S. Maguire, *State Taxation of Internet Transactions*, Congressional Research Service Report 41853, pp.10-21.

које воде пословање путем интернета и оних компанија које то не чине.¹¹ Представници тзв. „теорије оптималног опорезивања“ истичу да је веома тешко измерити ценовну еластичност производа који се продају путем интернета, због чега постоје велики проблеми у одређивању врсте и висини пореске стопе. Наиме, у случају ниске ценовне еластичности производа који је предмет трансакције требало би применити благе пореске стопе, а у случају високе ценовне еластичности, требало би применити оштрије опорезивање (тзв. *Ремзијево правило*).¹² Сличне недоумице постоје и у погледу одређивања ширине пореске основице, јер није у потпуности јасно које би све делатности требало обухватити предметом опорезивања. У том смислу се воде полемике да ли би предмет опорезивања били сви облици такозване „продаје на даљину“, која поред поред наручивања путем интернет сервиса укључује и остале видове трговине каква је куповина путем телевизијске и телефонске продаје, као и продаје путем каталога.¹³

3. Модели опорезивања интернет трансакција

За утврђивање оптималног пореског режима за опорезивање интернет трансакција мора се направити јасна дистинкција између пореза на потрошњу и пореза на употребу и држање покретних добара.¹⁴ Свакако, обвезник пореза на потрошњу јесте продавац, док би обвезник пореза на употребу добара био њихов корисник. Обухватање интернет трансакција порезом на употребу и држање добара би било изузетно тешко применити у правном саобраћају, из разлога што обвезници немају потребна знања да правилно обрачунају и плате порез. Напоменимо и да „традиционални“ порески закони нису *lex certa*, а опорезивање интернет трансакција као веома динамична област права додатно би угрозило примену начела одређености пореза. Свакако, овакво решење опорезивања интернета би било и у супротности са начелом јефтиноће и угодности плаћања пореза (која су у функцији заштите права пореских обвезника), јер би повећало трошкове државне администрације приликом утврђивања, наплате, контроле и ревизије интернет пореза.

11 S. H. Lee, *Price Competition Between Online and Offline Firms in an Electronic Commerce Market and Discriminatory Taxation*, Hitotsubashi Journal of Economics 47, 2006, pp. 37-49.

12 S. Maguire, *State and Local Sales and Use taxes and Internet Commerce*, CRS Report for Congress, The Library of Congress, March 9, 2006.

13 D. G. Swaine, R. Tannenwald, *Should Internet Sales Transactions Be Taxed?*, Fiscal Facts, Federal Reserve bank of Boston, Winter, 2002, No. 25, pp.1-6.

14 E. Menhart, *Taxing the Internet: Analyzing the States Plan to Drive Online Sales Revenue*, July-August 2007. <http://www.cyberwonline.com>.

Облици интернет пореза се могу сагледати у *ужем* и *ширем* смислу. Интернет порези у *ужем смислу* обухватају порезе који се плаћају за услугу приступа коришћења интернета (*internet access tax*), док интернет порези у *ширем смислу* обухватају телекомуникационе порезе (*telecommunication tax*), опорезивање франшизинга (*franchise tax*), порезе који се плаћају према капацитету интернет садржаја израженом у бајтовима (*bit tax*), порез на коришћење електронске поште (*email taxes*) и порезе који се плаћају према брзини протока интернет конекције (*bandwidth tax*).¹⁵

Интернет порези у *ужем смислу* су уведени у већини држава САД-а. Ове дажбине се не регулишу посебним пореским законима, већ се у највећем броју случајева регулишу у оквиру одредаба општинских и посебних закона о порезима на потрошњу. У појединим земљама не постоји систем прикупљања ових накнада, јер се сматра да се ради о услугама које морају бити изузете од опорезивања. Телекомуникациони порези се обрачунавају и плаћају за коришћење различитих телекомуникационих услуга, које омогућавају приступ интернету (попут одређених модема, рутера, бежичне мреже и друго). Опорезивање франшизе (тј. права на приказивање одређених канала и специјализованих програма) за кабловске емитере налази се, по правилу, у надлежности локалних власти и уобичајено је у многим пореским јурисдикцијама.¹⁶ Порез на размену и проток података на интернету јесте специфичан порез на потрошњу, код кога је основица одређена у количини бајтова трансферисаних садржаја (фотографија, филмова, музике и остало) и као такав је у САД-у строго забрањен *Законом о неопорезивању интернета* услед свог изразито дикриминаторног деловања. Порез на коришћење електронске поште јесте посебан облик пореза на размену и проток података ограничен на пријем и слање мејлова и као такав је, такође, забрањен у већини пореских јурисдикција. Опорезивање брзине интернета у основи подразумева примену прогресивних пореских стопа које расту са повећањем брзине интернет конекције што може бити у супротности са циљевима политике техничко-технолошког развоја у сфери масовне употребе модерних интернет мрежа због чега се напушта идеја о оваквом виду опорезивања.

Ипак, главно питање у наметању овог пореза остаје питање одређивање пореске основице. Пореску основицу би требало одредити у најширем смислу речи, без таксативног набрајања активности које спадају у електронску трговину, јер би у супротном могло доћи до озбиљних правних празнина. У овом тренутку је немогуће предвидети све делатности који би се са убрзаним развојем интернет технологија могле појавити.

¹⁵ *The Internet Tax Freedom Act, P.L. 105-277, 112, Stat. 2681, 1998.*

¹⁶ *Ibid.*

Пореска основица мора бити збирна и једнака вредности свих обављених трансакција. Општу дефиницију пореске основице отежава и примена различитих стратегија које продавци користе (попут нижих трошкова отпремања производа купцима, коришћење реклама и слично).¹⁷ Диференцирање националних и интернационалних трансакција, такође, мора бити узето у обзир приликом одређивања пореске основице, што може имати различите реперкусије, јер развој интернета јесте императив економске глобализације што је у супротности са тежњом за очување фискалног суверенитета на националном нивоу.¹⁸

Анонимност интернет корисника (пореских обвезника) и недовољно присуство јавног ауторитета у кибернетском простору отежава потенцијалну примену пореза. Тако је, Врховни суд у САД својом пресудом утврдио да фискус, генерано посматрано, нема јурисдикцију да захтева од продавца који послује путем интернета (а на њеној територији нема филијалу, нити запослене) да буде обвезник пореза.¹⁹ Ради се о тзв. економском одређењу „некxуса (nexus)“, које представља велики проблем у примени интернет пореза, јер повлачи и правне реперкусије наметања пореза нерезидентима, чиме би интернет порези добили облик глобалног пореза.²⁰ За примену глобалног пореза мора постојати сагласност довољно великог броја земаља у свету што је фактички тешко оствариво. Закон о неопорезивању интернета у САД (*The Internet Tax Freedom Act*), поставио је фактички мораторијум на наметање овог пореског облика, док са друге стране, земље чланице ЕУ настоје да опорезивање електронских трансакција подведу под

17 W. Fox, M. N. Murry, *The Sales Tax and Electronic Commerce: So What's New?*, National Tax Journal, Vol. 50 No.3, 1999, pp. 573-592.

18 S. Bach, M. Hubbert, W. Muller, *Taxation of E-Commerce, Persistent Problems and Recent Developments*, Vierteljahrsshefte zur Wirtschaftsforschung 69. Jahrgang, heft 4/2000, pp. 657-688.

19 Увођење интернет пореза имлицира постојање одређених уставних претпоставки које подразумевају да држава мора интернет продавцима и купцима пружити одређену корист (јавно добро) да би легитимно могла да захтева плаћање пореза заузврат и да претходно благовремено обавести све потенцијалне учеснике интернет продаје о порезу који морају платити на своје трансакције. Више о томе: E. K. Lunder, C. A. Petit, *“Amazon Laws” and Taxation of Internet Sales: Constitutional Analysis*, CRS Report Prepared for Members and Committee of Congress, Congressional Research Service, Informative the Legislative Debate since 1914, April 9, 2015, 2-4. *Можемо* приметити да се приликом увођења интернет пореза, генерално, као и код установљавања других савремених пореских облика попут еколошких пореза и пореза на девизне трансакције, веома инсистира на пореској транспарентности и потреби да се код ових дажбина избегне обележје „скривености (stealth taxes)“ као једног од потенцијалних узрока пореске евазије и пружања отпора обвезника при плаћању пореза.

20 *Ibid.*

систем пореза на додату вредност. Ово само показује различите правне, економске, социјалне и политичке мотиве пореских јурисдикција за (не) наметањем интернет пореза који се тешко могу избалансирати, па је и постизање *trade-off(a)* у смислу размене трошкова за користи тешко оствариво услед суштински другачијих обележја фискалне политике водећих земаља света.

4. Предности и недостаци увођења интернет пореза

У утврђивању оптималне структуре интернет пореза морају се у обзир узети главне предности (користи) и недостаци (трошкови) његовог увођења у постојећи порески систем. Трошкови увођења интернет пореза односе се на *отежану имплементацију*, док користи обихватају *јачање конкурентности између продаваца, стварање позитивних екстерних ефеката и ефикаснију дистрибуцију добара и услуга*. Економетријска истраживања показују да би наметање ових пореза условило губитак јавних прихода који би био само привремене природе и не претерано издашан, а трајао би до тренутка док порески обвезници не постану свесни корисности и фискалног значаја опорезивања електронске трговине.²¹

Основна интенција законодавца у нормативном регулисању пореског третмана интернет трговине се базира на чињеници да се опорезивање мора извршити пре него што дође до значајног процентуалног повећања удела електронске трговине у укупном промету (јер ће у таквим околностима отпор пореских обвезника према увођењу новог пореског облика бити више изражен). У том контексту се од креатора фискалне политике захтева кредибилно пореско планирање не би ли се благовремено умањила сигнална дејства пореза на електронске трансакције. Како удео електронске трговине показује тенденцију динамичног раста, неопходно је да порески законодавац на време реулише питање њеног порескоправног третмана, којим се могу генерисати значајне количине прихода у условима глобализације економских и финансијских токова и дужничке кризе, кад се државе суочавају са проблемима буџетске неравнотеже.

Значајна предност увођења интернет пореза огледа се у јачању конкуренције на тржишту, односно анулирању неправичних предности које уживају продавци који своје производе продају преко интернета и тако привлаче потенцијалне купце. Наиме, уколико потенцијални корисници њихових добара и услуга купују производе путем интернета једино због

21 A. Goolsbee, J. Zittrain, *Evaluating the Cost and the Benefits of Taxing Internet Commerce*, National Tax Journal, No. 413, 1999. Доступно на: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:969321.22.10.2014>.

избегавања плаћања пореза, такво понашање није економски ефикасно. Овом приликом се конкуренција традиционалних продаваца са интернет продавцима може сагледати кроз тзв. „*ефекте стварања и скретања трговине*“, које је формулисао амерички економиста *Џејкоб Винер (Jacob Viner)*.²² У разматрању проблема нелојалне конкуренције, базично питање јесте постојање емпиријских података који потврђују поменуту тезу о скретању трговине и дисторзивним ефектима, који тренутно не потврђују исту у потпуности (с обзиром да је удео интернет трансакција у већини пореских легислатива недовољно развијен), али то не искључује да ће временом ово питање добити на актуелности и значају услед развоја интернета и ширења доступности електронске трговине.

Неопорезивање интернет трансакција може угрозити и редистрибутивну функцију јавних финансија што представља значајан аргумент у корист увођења новог пореза. У одсуству интернет пореза, не долази до прерасподеле дохотка између пореских обвезника уколико се претпостави да су порески обвезници са јачом економском снагом они који могу купити производе путем интернета, док обвезници са мањом економском снагом то нису у могућности, јер не поседују техничке предуслове за обављање такве куповине (поседовање рачунара, посебних платних картица за електронско плаћање и друго). У таквим околностима пореска инцидентна није учестала. Ипак, *мишљења смо* да ова теза у савременим трговинским условима није апсолутно необорива, јер је све већи број пореских обвезника са мањом економском снагом, који услед дигиталног описмењивања могу обављати интернет куповину (што потврђује чињеницу да ова купородаја више није разервисана само за економски јаче категорије грађана).²³ Ширење доступности интернет технологија у домаћинствима имплицира обављање сериозних статистичких истраживања у вези са економском снагом интернет купаца ради добијања поузданије слике о токовима и механизмима редистрибуције дохотка.

Када су у питању трошкови имплементације интернет пореза, у финансијској литератури се истиче да би пореска стопа (барем у почетку) требало бити одређена на нижем нивоу. Трошкови примене интернет пореза обухватају и стварање одговарајуће телекомуникационе инфраструктуре и телекомуникационих канала за несметано одвијање електронске трговине који смањују трошкове, како пореске администрације, тако и трошкове пореских обвезника. Сходно порескотехничким принципима да плаћање пореза буде угодно за пореске обвезнике, *сматрамо* да се адекватном

22 J. Viner, *The Customs Union Issue*, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1950.

23 A. Goolsbee, J. Zittrain, *op. cit.*, 5.

применом инетернет пореза може допринети смањењу временских, финансијских и психолошких трошкова опорезивања узимајући у обзир чињеницу да грађани могу од куће обављати све жељене купородаје.²⁴

Свакако, главни проблем везан за примену интернет пореза тиче се прецизног и тачног израчунавања пореког дуга, као и идентификације пореских обвезника и самог предмета пореза, тј. електронских трансакција које се одвијају у кибернетском простору. Са развојем иновација, овај задатак пореске администрације је временом постао мање комплексан. Тако долази до оснивања посебних регулаторних тела и специјализованих компанија (попут *Vertex*, *Media Matrix*, *Forrester Research* и сличних), које се баве прикупљањем података и утврђивањем адреса интернет купаца.²⁵ Свакако, без обзира на учињен напредак на том пољу и даље контроверзне остају ситуације када не постоји поуздани индикатори за утврђивање физичке адресе продавца и купаца и околности када се не може ући у траг одређеним облицима електронског плаћања.²⁶ Присталице увођења интернет пореза, са друге стране, истичу да се трансакције оваквог типа у већини случајева не обављају путем интернета и не укључују интернет производе (али *става смо* да је у светлу значајног пораста броја кривичних дела против привреде то оборива претпоставка!). У циљу минимизирања трошкова имплементације интернет пореза неопходно је да креатори пореске политике кроз сарадњу са стручним телима интенвизирају напоре на стварању поузданих софтвера којим се спречавају облици дозвољене и недозвољене пореске евазије, као и прилика за вршење пореских кривичних дела.

У анализи аргумената за неопорезивање интернет трансакција у циљу давања подстицаја развоју нових технологија, неопходно је заузети одређене резерве. Узимајући у обзир чињеницу да се за последњих двадесет година развој интернета толико уобличио, поставља се питање да ли и даље постоји потреба за таквом привилегованом заштитом? Изузимање интернет трансакција од опорезивања оправдавало се потребом ширења корисности и потпунијег задовољења преференција купаца. Овакве користи огледају се у тзв. *позитивним локалним ефектима преливања-local spillovers* (када порески обвезници упућују једни друге на коришћење интернета, његове предности и размену мишљења), *ефектима економије обима* (опадање просечних трошкова производње за потенцијалне продавце који желе да уђу на електронско тржиште) и

24 Више о трошковима опорезивања види у: М. Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2012, 140-144.

25 А. Goolsbee, J. Zittrain, *op. cit.*, 5.

26 *Ibid.*

директним предностима (које подразумевају олакшани приступ аукцијској продаји).²⁷ Проблем који се тиче асиметрије информација између купаца и продаваца везаних за степен сигурности пословања на интернету је данас значајно умањен него у првобитним годинама употребе интернет технологија, захваљујући развоју модерног банкарског пословања и унапређењу техника плаћања, јер купцима данас на располагању стоје платне картице које пружају висок степен заштите података чиме се доприноси смањењу фразулозног понашања.

Утицај пореске стопе на еластичност тражње је према резултатима првобитних економетријских модела указивао да ће опорезивање интернет трансакција смањити обим реализованих трансакција за 24%, али новији модели показују да је тај утицај далеко мањи и износи свега свега 6%.²⁸ Иако је је магнитуда редуковања обима трговине много мања него што се то у првобитним полемикама о опорезивању интернета сматрало, и даље је веома значајна. Тако, примера ради, промена од само једног процента у цени производа (услуге) услед наметања новог пореза смањује вероватноћу интернет продаје за 0,5%.²⁹ Креатори фискалне политике се и даље суочавају са нејасноћама везаним за предвидљивост и тачно израчунавање укупних прихода од опорезивања интернета, јер недостају прецизни подаци о сигналним дејствима интернет пореза, као и реалним издацима учесника интернет трансакција, због чега је важно наставити даље напоре на прикупљању података за решавање постојећих празнина. Свеобухватна анализа поменутих индикатора јесте *conditio sine qua non* оптималних пореских решења у области опорезивања електронске трговине.

5. Закључак

Мултифункционална и мултијурисдикциона природа интернета отежава утврђивање конзистентне и јединствене пореске политике. Природа добара која су предмет електронске трговине захтева међусобно другачији порескоправни третман. Поједина добра могу имати и обележје инвестиционих добара попут софтвера, где наметање пореза не би било фискално издашно, јер би проширило обим пиратерије и неких других

27 *Ibid*, 9-10.

28 J. Alm, K. Melnik, *Sales Taxes and the Decision to Purchase Online*, Public Finance Review, Vol. 33, No. 2, 2005, 184-212.

29 *Ibid*.

кривичних дела и самим тим створило додатне проблеме.³⁰ Правна анализа оправданости наметања интернет пореза мора узети у обзир сва постојећа пореска начела, које нови порески облик мора задовољити, јер једино тако поштравање укупног пореског терета може бити оправдано. Порески обвезници, генерално, тешко прихватају наметање нових пореских дужности превасходно због одсуства непосредне противнаканаде за плаћање пореза, па би свако потенцијално увођење нових пореза морало бити праћено адекватном медијском пропагандом и сарадњом државе и удружења пореских обвезника. Из тог разлога би приликом увођења интернет пореза, *према нашем мишљењу*, привремено требало одступити од начела општости пореских прихода и учинити прикупљене пореске приходе наменским (тако што би постали средство посебних фондова или организација за побољшање услова електронске трговине, превасходно у смислу заштите права на приватност интернет корисника, заштите њихових потрошачких права и спречавања евентуаланих злоупотреба од стране интернет продаваца). У условима глобализације финансијских токова и информационе револуције, које свакодневно добијају на динамичности, питање наметања интернет пореза ће у будућности добити на посебном правном значају, а правноваљано разрешење дилема његове ефикасности и легитимитета могуће је добити само сериозном теоријском и емпиријском анализом свих правних, економских, политичких и психолошких консеквенци потенцијалног опорезивања електронске трговине.

30 A. Goldstein, D. O'Connor, *E-Commerce for Development: Prospects and Policy Issues*, OECD Development Centre, Working Paper No. 164, September 2000, CD/DOC(2000)8.

Marko Dimitrijević, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

FISCAL CONTRIBUTION OF INTERNET TAXES

Summary

The subject matter of analysis in this paper are the legal aspects of electronic commerce taxation in contemporary public finances and its fiscal importance. In this regard, the author discusses the concept and modalities of consumption taxes over internet services, as well as the advantages and disadvantages of using this instrument to finance public goods, by referring to the experiences of countries that are considered leaders in this field. Further on, the author focuses on the optimal shaping of the internet tax. Given the fact taxation of transactions in cyberspace is a very sophisticated field, there is no common understanding in theory on the constituent elements of this tax, designating the tax object, the taxpayer and the tax rate. When introducing new taxes in the tax system, the legislator must particularly pay attention not to increase in the overall tax burden considering that taxpayers already feel overtaxed. Thus, they reluctantly accept new forms of consumption taxation due to regressive characteristics of consumption taxes, which ultimately make tax fairness relative.

Keywords: internet taxes, tax fairness, taxpayer, fiscal importance, electronic trade.

ПРОБЛЕМАТИКА ДЕФИНИСАЊА АГРЕСИЈЕ КАО АКТА ДРЖАВЕ

Апстракт: Традиционално међународно право сматрало је да је инхерентно и основно право сваке државе проглашење и вођење рата. Са променама ратне тактике и технике почетком XX века и са убрзаним развојем оружја за масовно уништење, расла је и потреба за радикално другачијим приступом овом проблему. Дотадашње теорије рата и ратовања постале су застареле, а потреба за проналажењем одговарајућих правних механизма забране рата и начина остварења такве забране избиле у први план. Проналажење одговарајуће дефиниције агресије као забрањеног акта државе представља сложено питање из више разлога. Првенствено, агресија представља специфичну мешавину правних и политичких елемената. Поред тога, она има двојну природу будући да се може посматрати као акт државе или као акт појединца. Свакако, основни разлог је недостатак политичке воље за дефинисањем овог појма од стране држава, што је јасно манифестовано више пута. Упркос бројним напорима, данас не постоји општеприхваћена и обавезујућа дефиниција агресије као акта државе. Засад једина дефиниција универзалног карактера је необавезујућег карактера и садржана је у Резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација 3314. Анализом развоја дефинисања агресије увиђа се да она не представља нови допринос, јер само понавља дефиницију садржану у бројним уговорима о савезу и ненападању које је некадашњи СССР закључивао још 1933. године.

Кључне речи: агресија, злочин против мира, забране примене силе, Повеља, Уједињене нације, Резолуција 3314.

1. Увод

У претходним вековима, основна сврха бројних расправа о законитости употребе силе било је оправдавање територијалног освајања. Пошто је употреба силе била правно дозвољена, искристалисало се право државе на рат - *ius ad bellum*. Међутим, са развојем међународног јавног права и савременог ратовања, јавља се потреба за другачијим приступом, те право на рат бива стављено ван правних оквира. Читав XX век обележен је напорима да се забрани употреба силе, што је била водиља и при формирању најзначајнијих савремених међународних организација – Друштва народа и Организације Уједињених нација (надаље: УН).

У свим досадашњим напорима за дефинисањем, агресија се показала као „тврд орах“, имајући у виду да представља специфичну мешавину правних и политичких елемената, а посебна потешкоћа је и озбиљан недостатак политичке воље за њеним јасним одређењем. Поред тога, агресија има двојну природу, будући да се она може посматрати као акт државе и акт појединца. Питање правне технике такође није занемарљиво. Значајно је одлучити да ли би најопсежнија, а уједно и најпрецизнија дефиниција била она генералног, таксативног или комбинованог карактера. Свака правна техника приступа дефинисању агресије носи са собом бројне „замке“. Генерички приступ подразумева доношење апстрактне дефиниције, при чему се дају само општи елементи који омогућавају каснију идентификацију аката који се могу окарактерисати као агресија. Поред тога, могуће је таксативно навођење свих радњи или поступака који би представљали агресију као својеврсну *numerus clausus* листу. Овај приступ је изузетно прецизан, али носи са собом опасност необухватања бројних нових ситуација, које се нужно намећу са модернизацијом стратегије и технике ратовања. Покушај да се помире поменута два приступа извршен је тзв. мешовитом односно комбинованом дефиницијом, где први став садржи опште одређење агресије, а потом следи листа појединачних аката агресије која је само егземпларног карактера. Анализом постојећих малобројних дефиниција, увидеће се предности и мане сваке од поменутих врста дефиниција.

2. Дефинисање и забрана агресије пре Другог светског рата

Агресија држава је изузетно стара установа која је дуго времена била сматрана нормалном појавом. До првих покушаја забране агресије долази тек у модерно доба, те историјски развој забране у овом раздобљу можемо посматрати кроз два периода: старији период који сеже до Првог светског рата, у коме је рат традиционално поиман као једно од основних права

држава; и период између два светска рата, када по први пут долази до ограничавања права на рат.

2.1. Традиционални концепт рата у периоду пре Првог светског рата

Иако покушаји да се ограничи употреба силе сежу чак 400 година пре Христа,¹ до правне и потпуне забране долази тек у XX веку. Дотада се употреба силе и прибегавање рату сматрало урођеним правом државе. Бројне расправе у протеклим вековима дале су широк спектар идеја о (и)легалности употребе силе, међутим непроменљива константа свих расправа била је дозвола употребе силе у различитим видовима. Свакако, класификације, ограничења и изузеци су варирали, али се *право на рат* сматрало урођеним државним овлашћењем.

Право на рат (*ius ad bellum, compétence de guerre*) се мора стриктно раздвојити од правила ратовања (*ius in bello*). Док се код права на рат поставља питање да ли држава може законито ући у сукоб са непријатељском државом, правила ратовања регулишу правила која се морају поштовати код оружаних сукоба.² У случају отпочињања агресивног рата, односно кршења *ius ad bellum*, могуће је да се јави одговорност за агресију (државе или појединца), док прекорачења правила ратовања, односно кршење *ius in bello*, доводи до индивидуалне кривичне одговорности за ратне злочине, злочине против човечности или злочин геноцида. Пошто је реч о појмовима који се потпуно независни један од другог, неопходно је њихово разликовање.

У вези са *ius ad bellum*, јавила се идеја о класификацији ратова на праведне (*bellum iustum*) и неправедне (*bellum iniustum*), што потиче из списа Аристотела и Цицерона.³ Касније су рани католички теолози централну важност у овој подели придавали узроку (*causa*), који је одређивао и карактер рата. Наиме, уколико је узрок био праведан, и сам рат је био праведан и законит.⁴ Сматрало се да је освета за почињену штету и претрпљене повреде представљала оправдан, односно праведан узрок. Из претходне поделе произилазило је да нико не може бити принуђен да

1 Benjamin B. Ferencz, Aggression, in: Rudolf Bernhard (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, 1992, p. 58.

2 Данас је потоње регулисано посебном граном Међународног јавног права под називом Међународно хуманитарно право.

3 M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law, Vol. 1 Crimes*, Transnational Publishers, New York, 1999, p. 313.

4 Н. Раичевић, Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву, докторска дисертација, Ниш, 2008, стр. 116-117.

води или учествује у неправедном рату, чак и уколико би његов суверен то захтевао или када би она страна која води такав рат морала да плати надокнаду.⁵ Међутим, у то доба свака држава је сама вршила процену оправданости, истинитости и целисходности вођења рата, а не нека међународна инстанца, или најбоље - међународни суд. Стога је недостајао објективан критеријум и начин утврђивања оправданости и законитости упуштања у рат, као и утврђивање санкција за евентуалну повреду права на рат. При таквом стању ствари, често је долазило до врло слободних тумачења, па и злоупотреба права на рат или до ситуације да се обе зарађене стране позивају на сопствени праведан узрок.⁶

Са друге стране, пошто се веровало да је право на рат инхерентно право сваке државе, једино су оне и могле прогласити рат. Другачије говорећи, једино су државе могле бити „активно легитимисани субјекти“ за проглашење и касније вођење праведног рата, док су остали субјекти, у недостатку активне легитимације, једино могли прогласити незаконит, а самим тим и неправедан рат.⁷

Утемељивач међународног јавног права, Хуго Гроцијус, сложио се са поменутиим учењима теолога да је употреба силе оправдана у случају повреде права или нанете штете, али је навео ограничење права на рат. Међутим, та ограничења су била дефинисана у форми препоруке, а не као правни услов, и препоручивала су да само изузетна потреба или могућност може послужити као оправдање за вођење рата.⁸

Свест о потреби регулисања права на рат први пут се јавља након Тридесетогодишњег рата, када долази до стварања концепта државне суверености. Тиме се, правноформално гледано, искључила могућност да једна држава цени оправданост разлога вођења рата друге државе. Према Шо-у, то је довело до нестајања „концепта праведног рата из међународног права“.⁹ Следећа степенница у искључењу рата са светске сцене било је склапање бројних уговора о савезу и ненападању.¹⁰ Међутим, историја

5 M. Cherif Bassiouni, *op.cit.*, p. 314.

6 Овакав став заступао је Francisko de Vitoria, према: Ahmed M. Rifaat, *International Aggression: A Study of the Legal Concept: Its Development and Definition in International Law*, 1979, p.6.

7 Degan, V. Ђ, *Odgovornost za zločin agresije u svim njezinim vidovima*, Rad Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2011, str. 233-234.

8 Grotius, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, in *The Classics of International Law* (Oxford, 1925), Bk. II, ch. I, sec. I, 4, према: Ahmed M. Rifaat, *op.cit.*, p. 12.

9 M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge university press, 2003, pp. 1014-1015.

10 M. Cherif Bassiouni, *op.cit.*, p. 314.

сведочи да ти напори нису дали резултата, а стара доктрина о праведним и неправедним ратова је и даље била доминантно гледиште.

Са променама ратне тактике и технике почетком XX века и уз убрзани развој оружја за масовно уништење, расла је и потреба за радикално другачијим приступом овом проблему. Стога су традиционалне теорије рата и ратовања постале застареле, а потреба за проналажењем одговарајућих правних механизма забране рата и начина остварења такве забране избиле у први план. Тако је *ius ad bellum* постало *ius contra bellum*.¹¹ Дакле, данашњи концепт агресије или злочина против мира, започет је као инхерентно и основно право сваке државе на проглашење и вођење рата.

2.2. Ограничавање права на рат у међуратном периоду

Крајем XIX и почетком XX века, манифестује се све већа потреба тадашње међународне заједнице да забрани рат, односно агресију. У периоду од 1899 – 1998. године¹² закључено је чак 49 мултилатералних уговора који су садржали неку форму забране рата.¹³ Скромни покушаји забране прибегавања рата процедуралним путем, учињени су Хашком конвенцијом из 1899. године о миром решавању међународних спорова и Хашком конвенцијом о ограничењу употребе силе против држава поводом дугова из 1907. године. Нажалост, од страна уговорница је само захтевано да свој спор покушају да реше медијацијом, а ако у томе не успеју могле су прибећи рату, те је практични ефекат ових конвенција био изузетно ограничен.

Након завршетка I Светског рата и закључењем Версајског уговора о миру, долази до значајне прекретнице у међународном јавном праву у вези концепта *ius ad bellum*. У самом Версајском уговору, у чл. 227 истакнуто је да је подстицање Великог рата представљало „*највећу повреду међународног морала и светости уговора*“.¹⁴ Поред тога, Версајским миром је усвојен и Пакт Друштва народа. Тиме је створен одговарајући форум за даљи ток расправа, будући да је примарни циљ формирања прве савремене међународне организације и био остварење послератног мира. Томе је

11 Tom Ruys, Defining The Crime Of Agression: The Kampala Consensus, Working Paper No. 57 - January 2011, p. 3.

12 Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford, 2001, p. 211.

13 На прелазу из XIX у XX век претежно је вршено регулисање *ius in bello* а не и *ius ad bellum*, што је учињено пре свега на Хашким конференцијама 1899. и 1907. године. Иако је фокус ових кодификационих конференција био усмерен на регулисање ратног права, учињени су напори да се право на рат стави ван права.

14 Art. 227 Treaty of Versailles. The Treaty of Versailles and After – Annotations of the Text of the Treaty, United States Government Printing Office 371 (1947).

требало да допринесе и новоуставновљен систем колективне безбедности.¹⁵ Међутим, анализом Пакта, види се да рат није забрањен, већ само условљен покушајем да се спор реши арбитражом или судским путем. Наиме, чл. 10 Пакта је предвиђао обавезу држава уговорница да поштују и очувају територијални интегритет и постојећу политичку независност сваке државе чланице од спољне агресије. Међутим, чл. 12 је то релативизовао прописујући да државе чланице „ни у ком случају неће прибећи рату пре истека рока од три месеца после доношења арбитражне или судске пресуде, или извештаја Савета“. Поред тога, чл. 13 и 15 предвиђају да чланице „неће прибегавати рату ни против једног члана Друштва“, што јасно показује да Пакт не уводи општу забрану прибегавања рату, јер не забрањује вођење рата против државе која није чланица Друштва народа.

Ова манљивост Пакта је покушана да се отклони путем склапања бројних уговора о сарадњи и узајамној помоћи, чији је циљ био забрана рата међу државама уговорницама. У том смислу, најзначајнији уговори су Нацрт уговора о међусобној помоћи из 1923. године и Женевски протокол о мирном решавању међународних спорова из 1924. године.¹⁶ Нацрт уговора о међусобној помоћи, који је сачинила комисија Друштва народа, предвиђа да држава која не поступи по препоруци Савета Друштва народа, пресуди Сталног суда међународне правде или арбитражној пресуди, бива означена као агресор. Женевски протокол је предвиђао нешто другачије решење по коме свака држава која крши Пакт Друштва народа и сам Протокол сматра се агресором.¹⁷

Напор који је уродио плодом, барем у погледу ступања на снагу, био је Општи уговор о одрицању од рата као инструмента националне политике,¹⁸

15 Члан 10 Пакта Друштва народа обавезало је државе чланице да поштују и чувају територијални интегритет и политичку независност сваког члана од спољне агресије.

16 League of Nations O.J. Spec. Supp. 7, at 16 (1923), preма: G. M. Dawson, *Defining Substantive Crimes Within the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: What Is the Crime of Aggression?* 2000 New York Law Journal of International & Comparative Law 413, footnote 91.

17 З. Вучинић, *Кривична одговорност државе у међународном праву*, Београд, 1999, стр. 66.

18 Закључен 27. августа 1928, а ступио на снагу годину дана касније, 24. јула 1929. године. Скраћене називе је добио према месту закључења, и према презименима тадашњих министара спољних послова Француске и Сједињених америчких држава. Поред поменуте 3 државе, ускоро су Пакт ратификовале још и: Аустралија, Белгија, Канада, Чехословачка, Британска Индија, Ирска, Италија, Јапан, Нови Зеланд, Пољска, Јужна Африка и Велика Британија, League of Nations, Treaty Series, vol. 94, p. 57 (No. 2137), доступан на: treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2094/v94.pdf (10.08.2015.)

закључен између Француске, Немачке и Сједињених америчких држава, а познатији као Париски пакт или Бријан-Келогов пакт. Пакт је увео свеобухватну забрану рата,¹⁹ међутим, његова велика мана је непостојање икаквих санкција у случају његовог кршења. Поред тога, њиме се не даје ни дефиниција агресије што омогућује држави једнострано утврђивање да ли је жртва агресивног рата. Такође, остаје нејасно да ли забрана обухвата употребу оружане силе која још увек не значи рат, односно коришћење оружане силе мањег интензитета.

2.3. Покушаји дефинисања агресије у међуратном периоду

Период између два светска рата обележен је напорима да се дође до конкретне и прецизне дефиниције агресије. Тако, већ 1925. године, Рајнски пакт о узајамним гаранцијама између Велике Британије, Француске, Немачке, Италије и Белгије уводи појам „*просте и флагрантне*“ агресије, где проста агресија подразумева прелазак државне границе и концентрисање оружаних снага у демилитаризованим зонама, док флагрантна агресија представља напад, инвазију и агресивни рат.²⁰ Нажалост, због недостатка ратификација, овај споразум никада није ступио на снагу. Следећи корак начињен је 1927. године, када је у Резолуцији Скупштине Друштва народа истакнуто да „*агресивни рат никад не може да послужи као средство за решавање међународних спорова, па да, сходно томе, он представља међународни злочин*“.

Нарочиту пажњу и простор заслужује напор СССР-а да се установи дефиниција агресије преко бројних инструмената, а првенствено путем закључења уговора о ненападању. Наиме, када је у периоду између 1932-1935. године одржавана Женевска конференција о разоружању, Совјетски Савез је једини доследно тражио решење проблема разоружања. Међутим, како напори на пољу разоружања нису дали резултата, совјетска делегација је годину дана касније предложила декларацију која се тицала усвајања дефиниције агресије. То је представљало први покушај истинског дефинисања агресије и може се сматрати прекретницом у забрани рата.²¹

19 Члан 1. Високе стране уговорнице свечано прокламују у име својих народа да осуђују прибегавање рату за решавање међународних спорова, и одричу га се као инструмента националне политике у својим међусобним односима.

Члан 2. Високе стране уговорнице сагласне су да се решавање свих спорова или сукоба ма какве природе или порекла, који могу настати међу њима, никада неће тражити ван оквира мирних средстава.

20 З. Вучинић, оп.цит, стр. 66.

21 Иницијални предлог дефиниције агресије гласио је: „Агресором ће се у међународним сукобима сматрати она држава која прва предузме неке од следећих корака: а) објаву

Нажалост, велике силе нису подржале овај предлог, те је СССР одлучила да изврши притисак за прихватање свог предлога на другачији начин, те је сазвана посебна конференција за потписивање протокола о дефиницији агресије између СССР-а и народа источне Европе. Међутим, пољска влада је заузела негативан став и тако онемогућила одржавање предложене конференције,²² те овај паралелни колосек није дао очекиван резултат. Међутим, СССР је наставио да закључује бројне уговоре о савезништву или ненападању у које је била уметнута и дефиниција агресије.²³ Међутим, ваља истаћи да су се у процесу преговора поједине синтагме изгубиле, те је приметна разлика у појединим формулацијама између иницијалног

рата другој држави; б) инвазију својим оружаним снагама на територију друге државе без објаве рата; в) бомбардовање територије друге државе својим копненим, воденим или ваздушним снагама, или свесно нападање водених или ваздушних снага друге државе; г) спуштањем или уласком преко границе друге државе својим копненим, воденим или ваздушним снагама, без дозволе владе те државе или нарушавањем услова под којима је улазак дозвољен, а који се посебно односи на дужину останка или појас у коме је останак дозвољен; д) успостављање блокаде дуж обале или лука друге државе.“

22 Ferencz, Benjamin B, The UN Consensus Definition of Aggression, The Journal of International Law & Economics, Vol. 10, 1975, p. 704.

23 Дефиниција је у блажем облику одступала од иницијалног текста, (видети *supra* 21), и гласила је: „Агресор у међународном сукобу, узимајући у обзир све споразуме који су на снази између страна у сукобу, биће држава која је прва учинила једну од следећих радњи: 1. Објаву рата према другој држави; 2. Инвазију друге државе, са или без објаве рата; 3. Напад копнених, поморских или ваздушних снага, са или без објаве рата, над територијом, бродовима или ваздухопловима друге државе; 4. Изврши поморску блокаду обала или лука друге државе; 5. Пружа подршку оружаним бандама формираним на својој територији које су напале територију друге државе или, упркос захтевима нападнуте државе, одбија да учини све у својој моћи да лиши те банде сваке подршке или заштите на својој територији.“ Наредни члан одређивао је да: „Ниједан политички, војни, економски или други разлог не може да послужи као изговор или оправдање за агресију из члана 2“, док је у Анексу уз дати члан било таксативно наведено да стране уговорнице: „Изјављују да никакав чин агресије у смислу члана 2 ове Конвенције не може бити оправдан ниједним од следећих разлога. Између осталог: А. Унутрашњом ситуацијом у држави, на пример: њена политичка, економска или социјална структура; наводне слабости њене управе, немири потекли од штрајкова, револуција, контра-револуција или грађанског рата; Б. Међународним понашањем државе, на пример: кршење или претња кршења материјалних или моралних права или интереса неке стране државе или њених поданика; прекид дипломатских или економских односа, економски или финансијски бојкот; спорови у вези са економским, финансијским и другим обавезама према страним државама; граничних инцидената које не спадају у случајеве агресије из члана 2 Високе стране уговорнице су се такође сложиле да ова Конвенција не може никада оправдати икакве повреде међународног права које би се могле подразумевати у условима набројаним у горњем списку.“

предлога делегације СССР-а представљене на конференцији о разоружању, и касније закључених уговора.

Напори учињени 1933. године заслужују сваку похвалу, јер је реч о првим документима међународног права који садрже дефиницију агресије, за разлику од свих дотадашњих уговора. Ипак, анализом усвојених решења, проналазе се различити начини формулисања појединих забрањених радњи, што указује да су се у периоду од фебруара до јула 1933. године, бројне синтагме „изгубиле“ у процесу преговора закључења ових уговора. Поред тога, поставља се питање да ли је коришћењем термина блокаде, бомбардовања, инвазије и сл. без њиховог појашњења, заиста дата прецизна дефиниција агресије, или се само један споран термин појаснио бројним другим, исто тако недефинисаним терминима? Недефинисање коришћених термина унутар саме дефиниције додатно компликује, уместо да појасни појам агресије. Надаље, поједина решења поменути дефиниције биле су супротне тадашњим нормама усвојеним у оквиру Друштва народа. Примера ради, идеја да сама објава рата представља недозвољену радњу која би означила државу као агресора, била је за то доба авангардна, будући да је у периоду до усвајања Повеље УН, такав институт био добро познат и регулисан правилима ратног права. Надаље, пружање подршке оружаним бандама које би затим напале територију друге државе, такође је био означавао као агресија, без прецизирања приписивости таквих аката. Данас знамо да је тест приписивости акта државе утврђен много касније, у пракси Међународног суда правде у случају Никарагва.²⁴ Стога, сваки облик употребе оружане силе би, по овој дефиницији, представљао агресију, што је доста либерално постављено, али је заслуга ове дефиниције прецизирање облика и модела започињања оружаног сукоба.

Упркос значајним помацама у забрани прибегавања рату као средством остваривања интереса држава у периоду између два светска рата, закључак

²⁴ У познатој пресуди Војних и паравојних активности у и против Никарагве из 1986. године, Суд је закључио да члан 3 (г) Резолуције 3314 представља међународни обичај. Међутим, према свим околностима случаја, Суд је закључио да се снабдевање оружјем и логистичка подршка побуњеничким снагама у Салвадору не може сматрати оружаном агресијом. Наиме, истакнуто је да се упућивање оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника од стране (или у име) једне државе у другу државу може сматрати оружаном нападом само онда када те групе предузимају радње толико озбиљне да су еквивалентне правом оружаном нападу које изводе регуларне снаге. Пошто је степен помоћи и контроле било мањи, Суд је нашао да је дошло само до кршења начела забране мешања у унутрашње послове друге државе прописане чланом 2(4) Повеље УН. Данас се изражава сумња да поводом агресије постоји било какав други обичај сем поменутог члана 3(г), имајући у виду праксу држава.

је да се једини озбиљни напор на дефинисању појма агресије јавио се од стране некадашњег Совјетског савеза.

3. Дефинисање агресије у оквиру Организације Уједињених нација

Један од основних циљева Повеље новоформиране Организације Уједињених нација била је забрана рата. Како би се тај циљ на што потпунији начин остварио, у протеклих 60-ак година учињени су значајни напори усмерени на дефинисање агресије. Покушано је да се системским приступом пронађе најбоља дефиниција, што није било нимало лако. Системски приступ тој проблематици остварен Резолуцијом Генералне скупштине 3314, окрњен је њеним необавезујућим карактером, док други документи само помињу агресију, без њеног ближег одређења. Нацрт правила о одговорности држава за противправне акте конкретније се бави последицама агресије као акта државе, што може бити од користи и за само дефинисање овог спорног појма.²⁵ Међународни суд правде такође је био у прилици да се, непосредно или посредно, бави проблемом агресије, и то у случајевима: Крфског канала, Војних и паравојних активности у и против Никарагве, Нафтних платформи, Демократске Републике Конго против Уганде, као и Саветодавног мишљења о легалности изградње палестинског зида.²⁶ Јуриспруденција Међународног суда правде може бити од изузетног значаја за будуће тумачење елемената дефиниције агресије. Нажалост, упркос свим напорима, још увек не постоји општеприхваћена и обавезујућа

25 Комисија за међународно право до сада је сачинила два нацрта - Нацрт чланова о одговорности држава из 1996. године и из 2001. године. ILC Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the ILC at its fifty-third session (2001). Иако није директно везан за одређење појма агресије, Нацрт је од значаја јер представља консензус држава поводом тога која дела проузрокују међународну одговорност држава. Током дискусија у изради Нацрта правила о одговорности, државе су недвосмислено исказивале забринутост, па чак и страх од могућих последица које могу настати у случају извршења агресије, што умногоме објашњава тенденцију држава да разводњавају или исувише скраћују оне малобројне добре предлоге у одређењу агресије.

26 ICJ, Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Rep. 1949, p. 4; ICJ, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, I.C.J. Rep. 1986, p. 14; ICJ, Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, I.C.J. Rep. 2003, pp. 161 et seq; ICJ, Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005, I.C.J. Rep. 2005, pp. 116 et seq; ICJ, Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Rep. 2004, pp. 163 et seq.

дефиниција агресије унутар УН. Главни разлог за то је дуготрајност Хладног рата и савремена подељеност држава у међународним односима.

3.1. Повеља УН, Декларација о обавези држава у случају отпочињања непријатељства и Декларација о начелима међународног права и пријатељским односима и сарадњи између држава

Повеља УН истиче се као најзначајнији међународни уговор и због тога што је њоме по први пут на општи начин извршена забрана рата.²⁷ Због своје универзалности и статуса међународног „устава“, данас се сматра да је једнострано прибегавање сили универзално прихваћено као забрањено, односно да представља правило *ius cogens*. За разлику од Бријан-Келоговог пакта и ранијих уговора, који су употребљавали термине „рат“ и „агресија“, Повељом се забрањује „претња силом или употреба силе“. Термин „агресија“ појављује се у чл. 39 Повеље, по коме Савет безбедности (надаље: СБ) утврђује постојање „угрожавања мира, нарушавања мира или напад (агресију)...“. Међутим, упркос коришћењу термина агресија, не врши се његово ближе одређење. То је учињено свесно због страха да дефиниција не остане преуска и тиме изван њеног домашаја остану неки облици агресије који се могу јавити у реалности, првенствено имајући у виду развој модерног ратовања. Многи данас инсистирају да је изостанак дефиниције агресије из Повеље учињен намерно. Упркос томе што се на Конференцији УН априла 1945. године инсистирало на дефинисању термина „претња миру“, „повреда међународног мира“ и „агресија“ из чл. 39 Повеље то није учињено,²⁸ иако је конкретан предлог био дат од стране Боливије и Филипина.²⁹ Упкос жустрој полемици, одлучено је да коначан текст Повеље

27 Повеља у чл. 2(4) предвиђа: „да ће се све чланице у међународним односима уздржавати од употребе силе против територијалног интегритета или политичке независности било које државе, или на други начин неспојив са циљевима Уједињених нација“, док чл. 1(1) прокламује да је „укидање аката агресије и других повреда мира“ првенствени циљ УН.

28 Извештај Mr Paul-Boncour, Rapporteur on Ch VIII, Section B, Doc. 881, III/3/46 (1945), наведено у: В. В. Ferencz, *Defining International Aggression: The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis* (1975), 349-352; С. McDougall, *When Law And Reality Clash – the Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression*, *International Criminal Law Review*, 2010, footnote 14.

29 United Nations Conference on International Organisation, *Proposals of the Delegation of the Republic of Bolivia for the Organisation of a System of Peace and Security and Proposed Amendments to the Dumbarton Oaks Proposals Submitted by the Philippine Delegation*, 5 May 1945 reproduced in Report of Mr Paul-Boncour, Rapporteur on Ch VIII, Section B, Doc. 881, III/3/46 (1945).

верно следи Нацрт из Дамбартон Оукс-а, те су прецизирања кључних термина чл. 39 изостала. Према *travaux préparatoires* видимо да је воља већине пресудила да се одређивање садржине тих термина у потпуности препусти Савету безбедности по моделу „од случаја до случаја“.³⁰ Упркос томе што није прецизиран појам агресије, данас се забрана једностране примене силе сматра правилом *ius cogens*,³¹ највише захваљујући Повељи УН.

У годинама које су уследиле питање агресије се посредно јавило у два наврата. На V редовном заседању Генералне скупштине 1950. године донета је Декларација о обавези држава у случају отпочињања непријатељства, која детаљно уређује процедуру поступања у случају избијања непријатељстава, а свако непридржавање успостављене процедуре означава ту државу као агресора.³² У оквиру истог органа, 1970. године усвојена је Декларација о начелима међународног права и пријатељским односима и сарадњи између држава,³³ где је као прво начело истакнута забрана претње или употребе силе против територијалног интегритета и политичке независности било које државе или на било који начин који је неспојив са циљевима УН. Иако поменуте декларације ближе одређују поједине ситуације везане за могућу агресију, ни они не садрже њену

30 Нажалост, формирањем УН након Другог светског рата, ратови нису укинати. Упркос забрани рата на основу Повеље оваква пракса није нестала, те се могу навести бројни случајеви нелегалне употребе силе супротно одредбама Повеље. Упркос томе, сматра се да је механизам очувања међународног мира и безбедности према Глави VII Повеље био примењен премало пута. Једини званични случајеви када је Савет безбедности осудио агресију, тицали су се Јужне Африке и Израела. Оправдање за то налазимо и у политичким околностима тога времена јер је познато да је Јужна Африка извесно време била политички изолована због апартејда. Други пример који се тиче Израела је једини случај када су се САД уздржале од гласања, односно нису уложиле вето. Но, у правној анализи случајева агресије неопходно се мора узети у обзир политичка природа Савет безбедности, јер начин гласања у овом телу не дозвољава да било која од великих сила или њихови савезници буду означени као агресори.

31 N. Jorgensen, *The responsibility of states for international crimes*, Oxford University press, 2003, p. 90. Ипак, ваља истаћи да Повеља допушта три изузетка од забране употребе силе: чл. 51 предвиђа индивидуалну и колективну самоодбрану, поменутим чл. 39 дата је могућност Савету безбедности да одобри употребу војних мера, док је трећи изузетак историјски превазиђен, а тиче се предузимања војних мера против држава које су у Другом светском рату биле на страни Сила осовине (чл. 107).

32 Б. Јанковић - З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш, 2014, стр. 122.

33 GA Res. 2625 (XXV), *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, 24 October 1970. Први принцип гласи: Агресивни рат представља злочин против мира, који повлачи одговорност по међународном праву.

дефиницију. Стога је било неопходно да се унутар УН интензивира рад на том питању.

3.2. Резолуција Генералне скупштине 3314 о дефиницији агресије из 1974. године

Генерална скупштина УН је од 1952. године започела рад на одређивању битних елемената будуће дефиниције агресије,³⁴ који је трајао чак 20 година. Ради бољег остварења тог циља, Специјални комитет за питање дефиниције агресије формиран је 1967. године усвајањем Резолуције 2330 (XXII). Ово тело било је сачињено од представника 35 држава,³⁵ а након седам година рада, Генералној скупштини предат је предлог будуће резолуције о дефиницији агресије.

Након бројних преговора, Резолуција 3314 је усвојена консензусом 14. децембра 1974. године.³⁶ Она је садржала осам чланова, а у Преамбули је агресија оквалификована као „*најозбиљнији и најопаснији облик незаконите употребе силе*“. Резолуција 3314 је својеврстан облик комбиноване дефиниције будући да је у чл. 1 дата општа дефиниција појма агресије, док се у чл. 3 врши егземпларно набрајање. Циљ Резолуције био је формулисање основних принципа и објективних критеријума који би служили као смернице СБ за остварење обавезе коју има на основу чл. 39 Повеље УН – утврђивања постојања „*претње миру, нарушавања мира или акта агресије*“. Резолуција је на ауторитативан начин утврдила границе до које могу ићи државе, а да не закораче у илегалну активност.

Према чл. 1, агресијом се сматра: „*употреба оружане силе једне државе против суверенитета, територијалне целокупности и политичке независности друге државе, односно ма на који други начин који није у сагласности са Повељом Уједињених нација, како то проистиче из ове дефиниције*“. Интерпретативном изјавом уз овај члан појашњава се појам „држава“, који обухвата све државе света, без обзира на чланство у УН или изостанак

34 За детаљније о првим фазама рада учињене у периоду 1952-1956. погледати М. Сукијасовић, Појам агресије у међународном праву, докторска дисертација, Београд 1957, стр. 130-158.

35 United Nations General Assembly Resolution Need to expedite the drafting of a definition of aggression in light of the present international situation A/RES/2330(XXII) p. 2, 18 December 1967.

36 GA Res. 3314 (XXIX), Definition of Aggression, 14 December 1974.

истог. Са друге стране, овај појам може обухвати и више држава, упркос употребљеној једнини.³⁷

Чл. 2 Резолуције појашњено је да „провоотпочињање употребе оружане силе од једне државе противно Повељи представља *prima facie* доказ извршења акта агресије...” а СБ УН је овлашћен орган који цени оправданост проглашења једног акта за акт агресије. Правило *prima facie* обједињује две екстремне позиције: тумачење *ipso facto* ко је први употребио силу у виду агресије, и потпуно занемаривање тога ко је први извршио напад. Државе које се залажу за осуду оне стране која је начинила први напад примораће их да пруже доказе који ће оповргнути овакву претпоставку. Другачије речено, на њих ће бити сваљен терет доказивања.

Резолуција је овластила СБ да утврђује постојање агресије у сваком конкретном случају, чак и у ситуацијама које нису наведене у наредном члану дефиниције. Због тога је у дефиницију уметнута синтагма „друге значајне околности“, које би требало да пруже СБ довољно маневарског простора при примени дискреционе оцене приликом утврђивања постојања агресије, и када реална ситуација не потпада под један од 7 наведених примера из чл. 3 Резолуције. Може се тврдити и да намера агресије, за коју се залажу поједини аутори, такође може да се подведе под синтагму „друге значајне околности“, индиректним увођењем у текст Резолуције. Сматра се да је то резултат компромиса између држава које су се залагале за постојање објективног елемента за утврђивање постојања агресије изражене у чињеници првоотпочињања напада, и других држава које су инсистирале на субјективном елементу дефиниције агресије, односно постојању намере агресије. На тај начин је остављена могућност да се одређени агресорски акт не означи као агресија у случају да недостаје субјективни елемент, или уколико се процени да није таквог интензитета да угрожава међународни мир и безбедност. Одређењем СБ за овлашћени орган који би вршио такве процене, Резолуција 3314 у потпуности следи Повељу УН, тачније чл. 39 који прописује да је управо СБ орган који оцењује постојање угрожавања мира, нарушавање мира или агресије у сваком конкретном случају, након чега је могуће предузимање привремених и/или принудних мера. Пошто је у време сачињавања Повеље одлучено да се широка дискрециона овлашћења препусте СБ, истом логиком иде и Резолуција 3314. Тиме се види да на том плану није дошло до помака читаве 3 деценије - од тренутка сачињавања Повеље до тренутка усвајања Резолуције. Међутим, тешко да би се нешто другачије и могло догодити, имајући у виду сложеност ситуације, и што је значајније, недостатак воље.

37 Пример НАТО агресије на СРЈ, или савезничких снага на Авганистан или Ирак, према: З. Вучинић, оп.цит, стр. 65.

У чл. 3 су *exempli causa* наведени могући облици агресије.³⁸ Као што се и може приметити, дефиницијом су обухваћени само *очигледни* случајеви агресије, а не примери политичке, економске, културне, идеолошке или друге врсте агресије који су врло присутни у међународним односима, са тенденцијом даљег развоја и интензивирања. Стога многи критикују да је праг примене врло висок. Највећим недостатком поменуто дефиниције сматра се испуштање претње употребе агресије, те су теоретичари управо овај пропуштени елемент стављали у централно место критика. Дискрециона овлашћења СБ иду и даље, јер овај орган има могућност проглашења агресије и у ситуацији када се реално стање не може подвести ни под један од наведених примера из чл. 3. Ово овлашћење се мора вршити уз ограничење да се дискрециона оцена мора стриктно ослањати на циљеве УН и начела Повеље, односно да они служе као основни критеријуми у решавању критичне ситуације. Тиме је јасно истакнуто да дефиницијом агресије Резолуција није обухватила све могућности агресије. Пошто се Резолуција позива на начела из Повеље као и Декларацију о начелима међународног права и пријатељским односима између држава, донету 4 године пре Резолуције, у чл. 7 је речено да усвојена дефиниција агресије ни на који начин не утиче на остваривање права на самоопредељење, слободу и независност.

Правна природа агресије одређена је чл. 5 Резолуције јер се наводи да „агресорски рат представља злочин против међународног мира и стога повлачи међународну одговорност“. Тиме је јасно истакнуто да се агресијом повређује интерес очувања међународног мира који је

38 Чл. 3 гласи: „а) инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе, или свака војна окупација, макар и привремена, која произађе из такве инвазије или напада, или анексија територије или дела територије друге државе употребом силе; б) бомбардовање територије неке државе од стране оружаних снага друге државе или употреба ма ког оружја од старане једне државе против територије друге државе; в) блокада лука или обала једне државе од стране оружаних снага друге државе; г) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске и ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе; д) употреба оружаних снага једне државе, које се пристанком земље пријема налазе на територији ове последње, противно условима у споразуму, односно остајање тих снага на територији земље пријема и после истека споразума; ђ) радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова користила за извршење акта агресије против треће државе; е) упућивање од стране, односно у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника, који против друге државе врше акте оружане силе, толико озбиљне да се изједначавају са до сада набројаним актима, односно значајно учешће једне државе у томе“. Последњи пример, потврђен је као међународни обичај од стране Међународног суда правде у случају Војних и паравојних активности у и против Никарагве у пресуди донетој 1986. године.

врховни интерес међународне заједнице и првенствени циљ УН. Учећи из грешака нирнбершког процеса, у осталим случајевима употребе аката мањег интензитета, такви агресивни акти нису забрањени наведеном дефиницијом. Ублажавање овакве поделе покушано је прописивањем да агресија повлачи међународну одговорност. Анализом чл. 5 поставља се питање да ли сваки од наведених аката агресије из чл. 3 повлачи собом међународну одговорност или пак да сви акти агресије, ма ког интензитета, повлаче собом међународну одговорност. Са правне стране посматрано, лапидарност својствена свакој дефиницији, овде је екстремно примењена, јер су тиме створене правне празнине, односно могућност различитог тумачења. Али, са политичке стране гледано, разумљиво је да је дата формулација максимум који се тада могао постићи. Посебно је истакнуто да „никакви обзир *било које природе, политички, економски, војни и други, не могу служити као оправдање за агресију*“, чиме је уведен принцип неизвинљивости, односно немогућности да се државе позивају на оправдање било које врсте за агресију.³⁹ Поставља се питање да ли је то могуће само за агресију или и за акте агресије. Пошто је само употребљена реч „агресија“, језичким тумачењем намеће се закључак да је то случај само за агресију као такву, али је тиме отворена још једна могућност за другачије тумачење. Као посебан елемент дефиниције издваја се њен циљ. Наиме, „*никакво стицање територије нити каква посебна корист*“ неће бити дозвољена нити призната као законита, што се поклапа са раније формулисаном Стимсоновом доктрином из 1932, која је потврђена у Атлантској повељи 1941, као и југословенском и панамском предлогу Декларације о правима и дужностима држава.⁴⁰

Иако неки похвално гледају на дефиницију садржану у Резолуцији из 1974. године,⁴¹ већина аутора је критикује, истичући да је она само поновила раније успостављен консензус и тиме још једном утврдила контроверзне дозвољене изузетке.⁴² Стога се сматра да је Резолуција 3314 „*споразум о фразама, а не споразум о значењу тих фраза*“.⁴³ Узевши у обзир интензитет Хладног рата, није се објективно ни могло очекивати да дефиниција произведе суштински ефекат. Она више личи на опис него на праву дефиницију, но, без обухватања свих ових описа, консензус и

39 З. Вучинић, оп.цит, стр. 64.

40 Б. Јанковић, З. Радивојевић, оп.цит, стр. 87-88.

41 Rifaat, Ahmed M., International Aggression: A Study of the Legal Concept – Its Development and Definition in International Law, pp. 279-280.

42 Stone, Julius, Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression, 71 AJIL (1977), pp. 243-246.

43 Ibid, p. 243.

не би могао бити постигнут. Сама чињеница да Резолуција представља резултат двадесетогодишњих напора и преговора упућује да усвојена дефиниција резултат великих компромиса, те је и било за очекивати да бројне недоречене и збуњујуће формулације чине саставни део „коначног производа“. Дефиниција агресије према Резолуцији 3314 није допринела развоју појма агресије као индивидуалног кривичног дела, јер чл. 5(2) кратко и једноставно истиче да „*је агресијом рат злочин против међународног мира. Агресија доводи до међународне одговорности*“. Оваква формулација не даје појашњење субјеката одговорних за извршење ових злочина – да ли је реч о државама, појединцима, или о оба субјекта. Тумачења различитих аутора пружају аргументе за сва три гледишта. Поједини аутори тврде да постоји само ограничена могућност индивидуалне кривичне одговорности, јер се може јавити само уколико је претходно утврђено постојање агресиивног рата. Чини се да су тумачења која сматрају да је дефиницијом обухваћена индивидуална кривична одговорност погрешна због свог прешироког тумачења. Да је заиста то случај, и да је намера творца дефиниције била таква да укључе индивидуалну кривичну одговорност, неопходно би било укључити у дефиницију најмање још и елемент намере.

Иако се Резолуција 3314 односи на спровођење „државне агресије“, још увек може бити од интереса и користи при дефинисању злочина агресије код индивидуалне кривичне одговорности. Како је објаснила КМП у вези са Нацртом кодекса о злочину против мира и безбедности човечанства из 1996. године, нужан предуслов за постојање злочина агресије је извршење агресије, што је опет са своје стране, неопходно да би се створила могућност индивидуалне кривичне одговорности. Нирнбершка пресуда потврђује да извршење агресије од стране државе не мора нужно да доведе и до индивидуалне кривичне одговорности. Али, супротно не важи, јер је неопходан предуслов постојању индивидуалне кривичне одговорности утврђено постојање агресије од стране државе. Овакав концепт односно логика, разликује се од оне која постоји код преостала три међународна злочина (ратни злочини, злочини против човечности, злочин геноцида). Код ових међународних кривичних дела у ужем смислу, једна активност се истовремено односи на оба субјекта извршиоца – државу и појединаца. Супротно томе, двострука природа агресије захтева да се она посматра и анализира у двоструком контексту.

Свакако, главни недостатак анализираних докумената је његова правна необавезност, будући да је донет у форми резолуције Генералне скупштине УН. Упркос томе, он је значајан као документ „меког права“, који треба да послужи као основ за будућу правно обавезујућу дефиницију агресије. Засад је она само послужила као инспирација у усвајању дефиниције

агресије као индивидуалног кривичног дела на Ревизионој конференцији Римског статута у Кампали,⁴⁴ а тек остаје да се види да ли ће и када пресек међународних односа бити зрео и за јасно одређивање агресије као недозвољеног акта држава.

4. Закључна разматрања

У дуготрајној, али не и одлучној потрази за дефиницијом агресије, било је пуно лутања, али и креативних предлога. Првобитне формулације агресије потекле од стране некадашњег Совјетског савеза издржале су тест времена јер су чиниле градивно ткиво за највећи број чланова Резолуције 3314. Изгледа да је проток времена релативан када је реч о значајнијим помацима на пољу одређења агресије.

Проблем приступа у дефинисању злочина агресије своди се на питање да ли ићи у прилог опште (генералне) дефиниције или се залагати за еnumerативан приступ. За оба гледишта постоје ваљани аргументи. 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, еnumerативно набрајање, макар и било *exemplari 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, еnumerативна дефиниција је такође манљива јер се увек јавља опасност, чак и извесност да неће обухватити све могуће случајеве, те да би се нужно злоупотребиле 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.

44 Више о дефиницији агресије као акта појединца, према чл. 8bis видети: Н. Раичевић, Прва конференција за ревизију статута Међународног кривичног суда, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2011, бр. 58, стр. 157-159.

Због тога се током година увидело да је приступ остварен у Резолуцији 3314 најреалистичнији. Тај приступ представља такозвану комбиновану дефиницију где се након прве реченице давања уопштеног појма агресије, таксативно наводе примери, али не *numerus clausus*. Циљ илустративног набрајања јесте остваривање принципа легалности, односно правне одредивости на двоструки начин: 1) Претпоставка је да ће већина случајева агресије директно потпадати под један од наведених примера, те ће на тај начин општи део дефиниције постати застарео или само непримењив; 2) У супротној ситуацији, када се агресија не може подвести под један од конкретних случајева, и даље ће бити применљив општи део дефиниције постављањем питања да ли агресија испуњава опште критеријуме и елементе тог дела дефиниције. Сматра се да енумеративни списак служи као смерница тако што даје репрезентативне ситуације и утврђује праг примене.

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. Постоји још једна предност оваквог приступа дефиницији – набројани примери представљају агресију *per se*, те даље доказивање није потребно. За разлику од општег дела дефиниције садржане у Резолуцији 3314, енумеративан део је био мало критикован, јер одражава облике који су широко прихваћени као агресија. Највећи недостатак једине послератне дефиниције агресије као акта државе, из Резолуције ГС 3314, је њена правна необавезност. Поред тога, мора се нагласити да су њоме само поновљени неспорни елементи и облици извршења агресија, имајући у виду дефиниције агресије садржане у бројним билатералним и мултилатералним уговорима које је закључивао Совјетски савез 1933. године. У жеку Хладног рата, тешко се и могло очекивати да би дефиниција агресије могла да изврши померање стандарда и инкорпорира нове елементе, нарочито не унутар ОУН, створене на политичком компромису. Заправо, Резолуција 3314 требало је да послужи само и једино као смерница СБ у примени члана 39. Боља дефиниција није могла бити створена због незаинтересованости средњих и малих држава да на уговорној основи формирају систем који би парирао систему УН.

Страх од последица и одговорности за учињене противправне акте тера државе да буду изузетно обазриве приликом давања предлога елемената агресије као акта држава. Стога, „финални продукт“ разматрања агресије од првобитних формулација 1933. године до 2001. када је усвојен Нацрт

правила о одговорности држава за противправне акте, могу се означити као симболични. Упркос томе, вишедеценијски преговори и анализа различитих предлога и решења, умногоме су осветлили непознаницу забране агресије, а делом и њеног дефинисања у XX веку. Иако не постоји општеобавезујућа дефиниција агресије, бројни припремни радови, историјски документи служе садашњим, али и будућим генерацијама на бољем и свеобухватнијем одређењу.

Sanja Đorđević Aleksovski, L.L.B.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

PROBLEMS OF DEFINING AGGRESSION AS AN ACT OF STATE

Summary

Traditional international law held that the inherent and fundamental right of every state was the proclamation and waging of war. However, given the changes in war tactics and techniques at the beginning of the XX century, as well as the accelerated development of weapons of mass destruction, there was a growing need for a radically different approach to this problem. Therefore, the traditional theory of war and warfare became obsolete. Finding the appropriate definition of aggression as a prohibited act of the state is a complex issue for many reasons. First of all, aggression is a specific mixture of legal and political elements. In addition, it has a dual nature as it can be seen as an act of the state or as an act of an individual. Certainly, the main reason is the lack of political will by states, which has repeatedly been manifested. Despite numerous efforts, there is no generally accepted and binding definition of aggression as an act of the state. So far, the only universal definition is non-binding and is contained in the UN General Assembly Resolution 3314. This definition does not represent a new contribution, since it merely repeated the definition of aggression contained in many treaties of alliance the former Soviet Union concluded in 1933.

Keywords: aggression, crime against peace, prohibition of use of force, United Nations, UN Charter, Resolution 3314.

Иван Илић,

Правни факултет Универзитета у Нишу

Бојана Станковић,

Правни факултет Универзитета у Београду

UDK: 343.143

ВАНПРОЦЕСНА ЗАШТИТА СВЕДОКА - ЛЕГИСЛАТИВНИ ОКВИР И ПРОБЛЕМИ У ИМПЛЕМЕНТАЦИЈИ

Апстракт: Законом о програму заштите учесника у кривичном поступку из 2006. године, уведена је ванпроцесна заштита сведока. Њиме су уређени услови и поступак за пружање заштите и помоћи учеснику у кривичном поступку и њима блиских лица. Програм ванпроцесне заштите сведока, иако је до сада дао позитивне резултате, са собом носи извесне ризике и проблеме у имплементацији. У досадашњој пракси Јединице за заштиту, уочени су одређени проблеми приликом спровођења заштите, настали као последица недостатака легислативног оквира. Аутори у раду анализирају нормативну основу за примену ванпроцесне заштите сведока у Србији, из визуре испуњености достигнутих међународних стандарда. У раду су представљена упоредноправна решења, у овој области, као и искуства других земаља у примени мера заштите. Након што су идентификовани најзначајнији проблеми у спровођењу ванпроцесне заштите сведока, аутори дају конкретне предлоге за побољшање постојеће регулативе, с циљем ефикаснијег достизања пројектованих циљева.

Кључне речи: сведок, ванпроцесна заштита, програм заштите.

Уводне напомене

Остваривање циљева кривичног поступка недвосмислено је условљено могућношћу кривичног суда да добије што потпунију доказну грађу, како би се извршила чињенична реконструкција кривичног догађаја. У лепези легитимних доказних средстава савременог кривичног поступка, значајно место, често и најзначајније, заузима исказ сведока. Савремени кривични поступак настао је као реакција на инквизициони, у коме је окривљени имао положај објекта поступка. Стога се највише пажње поклања заштити

основних људских права активног кривичноправног субјекта. Доминација те тенденције довела је до својеврсне маргинализације потребе заштите основних права других учесника у поступку, првенствено сведока и оштећеног, као пасивног субјекта кривичноправног односа. Приликом нормирања положаја сведока у кривичном поступку, акценат је био на дужностима. Из основне дужности сведочења, којој подлежу сви грађани, изводи се дужност сведока да се одазове позиву суда, дужност давања исказа и дужност полагања заклетве. Оглушење о дужности повлачи примену принудних мера и могућност кажњавања сведока. У опсегу права сведока, нагласак је био на накнади његових трошкова, што је у старијој литератури означавано као „право на дангубу“.

Као резултат тенденције заштите основних људских права, у новије време сведоци доживљавају преображај процесног положаја. Тежи се ка успостављању адекватног амбијента, у коме би се сведок заштитио од засташивања и угрожавања. Осим тога, посебна пажња се поклања сведоцима, којима је, с обзиром на лична својства, потребан виши ниво заштите. Међу њима се издвајају малолетна лица, било да се нађу у улози сведока или оштећеног (жртве) у кривичном поступку, као и друге посебно осетљиве категорије сведока, које захтевају заштиту. Тренд регулисања мера заштите сведока није заобишао ни нашу државу. Реформе процесног законодавства деценију уназад одлукују се постепеним увођењем мера процесне и ванпроцесне заштите угрожених сведока уопште, али и малолетних оштећених.

1. *Ratio legis* заштите сведока у кривичном поступку

Према тврдњи Клауса Роксина (Claus Roxin), кривични поступак представља својеврсни „сеизмограф остваривања основних права и слобода“, пре свега окривљеног, али и других учесника у поступку. Кад је у питању сведок, наспрам дужности сведочења налази се опасност од угрожавања његовог интегритета. Поставка, према којој дужност сведоцбе нема корелат, у виду права на заштиту од застрашивања, узнемиравања и претњи, отвара могућност извршења нових кривичних дела. На тај начин долази се у апсурдну ситуацију да се штите извршиоци кривичних дела, а сведоци излажу потенцијалној виктимизацији. Према томе, на темељу основне идеје заштите основних људских права, пре свега окривљеног, на којој почива савремени кривични поступак, развија се и заштита сведока у кривичном поступку.

Право на заштиту сведока поима се као синтеза права на живот, на неповредивост телесног и психичког интегритета, на приватност и права на до-

стојанство.¹ Насупрот томе, постоји дужност државе да активно предузме мере за заштиту наведених права сведока. У члану 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода стоји обавеза за државе да јемче поштовање права и слобода, установљених у њој. Пракса Европског суда за људска права еволуирала је, од негативне обавезе државе да се уздржава од повреде права из Европске конвенције, према позитивној обавези, да предузме мере са циљем заштите права појединаца. Иако се Европска конвенција *explicite* не бави правима сведока и жртава, већ односом државе и појединца, из неких њених одредаба могу се извести права сведока.² Поред позитивне обавезе државе да штити право на живот из члана 2. Конвенције, из члана 3. произилази право сведока на заштиту од нечовечног или понижавајућег поступања, током сведочења. Из члана 5. Конвенције изводи се право сведока да не буде лишен слободе, без адекватних заштитних механизма. Из члана 6. произилази право сведока на јавну расправу. Такође, члан 8. Конвенције гарантује сведоцима право на поштовање приватног и породичног живота.

Правни основ заштите сведока изводи се из Устава Србије,³ којим је гарантована неповредивост физичког и психичког интегритета (члан 25.). Из тога произилази дужност суда да заштити сведока од застрашивања, вређања и примене психичког и физичког насиља. Законик о кривичном поступку,⁴ предвиђа поштовање људске личности окривљеног, приликом саслушања (члан 86. став 1. ЗКП). Иако процесни закон изричито не предвиђа, то право, свакако, припада и сведоку.⁵ Према томе, сведок има право на третман достојан човека, уз поштовање његове личности и право на заштиту од узнемиравања и одмазде, како у току кривичног поступка, тако и по његовом окончању.

Осим тенденције подизања нивоа заштите људских права у кривичном поступку, до преображаја процесног положаја сведока довела је потреба за ефикаснијим сузбијањем растућег организованог криминалитета. Пракса је показала да је сузбијање тероризма, трговине људима, корупције и других видова организованог криминалитета знатно отежано, без прибављања информација из саме криминалне средине. То је довело до развоја процесне и ванпроцесне заштите разних видова тзв. информа-

1 Снежана Бркић, Заштита сведока, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 10/2005, стр. 476.

2 Стјепан Глушчић и др., Процесне мере заштите сведока – приручник за припаднике полиције и правосућа, Савет Европе 2006., стр. 42.

3 «Службени гласник РС», бр. 98/2006

4 «Сл. гласник РС», бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

5 Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд 2009., стр. 267.

тора, као што су прикривени иследници. Осим тога, све важнију улогу у борби против организованог криминалитета добијају тзв. покајници, који су истовремено извршиоци кривичних дела, тј. чланови криминалних структура, али и сведоци сарадници. Они у поступку често имају улогу крунског сведока (Crown witness).

Потреба за заштитом сведока, посебно је наглашена у процесуирању ратних злочина, будући да су њихови искази често доминантни, у укупном обиму доказне основе ове врсте поступка. У поступку за ратне злочине, неретко је сведоцима угрожено и само право на живот.⁶ Стога се последњих деценија посебна пажња поклања регулисању мера заштите сведока ратних злочина, како на међународном, тако и на националном плану.

Осим уоченог преображаја процесног положаја сведока уопште, посебна пажња почиње да се посвећује појединим категоријама сведока, као што су деца, малолетници, жене, стари, душевно болесна лица и жртве⁷ (оштећени). То су сведоци, који су услед личних својстава, или извршеног кривичног дела, додатно угрожени, те је, приликом њиховог саслушања, потребно узети у обзир специфичну потребу за њиховом заштитом.

2. Модалитети заштите сведока

Према релевантним и прихваћеним међународним стандардима, било који сведок је обухваћен мерама заштите од застрашивања у кривичном поступку. Под сведоком се подразумева свако лице, које је непосредно, својим чулима опазило чињенице кривичног догађаја, или је о њима сазнало на посредан начин,⁸ и које је позвано од стране кривичног суда да о тим

6 О проблему застрашивања сведока у пракси Међународног кривичног суда за бившу Југославију види нпр. : <http://www.vesti-online.com/Vesti/Srbija/161793/Izakulisa-sudenja-Naradinaju-Ubijeno-30-svedoka>, (приступ: 16.02.2013.).

7 Проучавање жртве криминалитета дуго је била занемарено у криминолошкој мисли, у корист проучавања личности делинквента. Тек са развојем тзв. друге виктимологије, 70 – тих година 20. века, посвећује се пажња питањима третмана и положаја жртве у кривичном поступку, могућностима заштите, помоћи, репарације штете и реинтеграције жртава у социјалну средину.

8 Према Препоруци Р(97)13 о угрожавању сведока и права на одбрану сведок је особа, која поседује информације, релевантне за кривични поступак, без обзира какав статус има према одредбама националног кривичног законодавства. Та дефиниција инкорпорира и вештаке и тумаче, као и преводиоце. Пракса Европског суда за људска права још шири круг лица убраја у сведоке. Поред сведока оптужбе и сведока одбране, сведоцима се сматрају и тзв. презумптивни сведоци (*Unterpertinger v. Austria*, по. 9120/80), као и лица, која након датог исказа нису више доступне органима гоњења (*Isgro v. Italy*, по. 11339/85).

чињеницама исказује.⁹ Заштита, коју уживају сви сведоци, без обзира на постојање опасности по њихов физички и психички интегритет, може се назвати *општа заштита*.¹⁰ Овај вид заштите постиже се, примера ради, применом познатих процесних радњи, као што су препознавање лица, искључење јавности са главног претреса, одређивање притвора услед опасности од утицаја на сведоке.

Насупрот општој заштити, налазе се мере заштите појединих, тзв. посебно угрожених¹¹ сведока у кривичном поступку. То су сведоци, који су услед личних својстава, или извршеног кривичног дела, додатно угрожени, те је, приликом њиховог саслушања, потребно узети у обзир њихове потребе за заштитом. У ту категорију спадају: малолетници, жртве кривичних дела (оштећени), жене, стари и душевно оболела лица. Кључна разлика између сведока под претњом и осетљивих сведока налази се у узроку повећане опасности по психички и телесни интегритет. Код сведока под претњом, опасност долази споља, од притиска окривљеног или других лица. Код посебно осетљивих сведока постоји осећај несигурности, неспособност самосталног деловања, узрокован неким унутрашњим, личним својством. Заштиту у случају појављивања у кривичном поступку, у својству сведока, уживају још и чланови криминалних група,¹² као и прикривени следници.¹³ Заштиту свих ових лица означавамо скупним термином *посебна заштита* сведока.

9 Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, Кривично процесно право – општи део, Ниш 2006., стр. 283.

10 Слично: Милан Милошевић, Заштита учесника у кривичном поступку: од одређеног сведока до заштићеног лица, Ревизија за безбедност, бр. 1/2009., стр. 21.

11 У литератури се може наћи и израз „посебно осетљиви сведоци“ (Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд 2011., стр. 267).

12 Чланови криминалних организација у кривичном поступку могу се појавити у кривичном поступку у својству тзв. покајника, крунских сведока, сарадника правде или сведока сарадника. Сведок сарадник је окривљени, припадник криминалне организације, који под законом прописаним условима пристане да сведочи у кривичном поступку, у замену за блаже кажњавање или ослобођење од казне (више о томе: Саша Кнежевић, Примена посебних доказних радњи у сузбијању трговине људима, у: Трговина људима – правна заштита у међународним и националним оквирима, Ниш 2011., стр. 202.)

13 Под прикривеним следником подразумева се посебно обучено, одлуком надлежног државног органа ангажовано службено, или друго лице, које се под измењеним идентитетом инфилтрира у криминалну организацију, са циљем прикупљања доказа о извршеним кривичним делима, и кривичним делима, чије се извршење припрема, као и о самим припадницима криминалне групе, које се може саслушати у кривичном поступку у својству сведока (Иван Илић, Прикривени следник – стање и перспективе, у: Правни систем и друштвена криза, Косовска Митровица 2011., стр. 555.)

Осим тога, постоје одредбе процесног кодекса, које имају за циљ заштиту сведока под претњом. То су они сведоци, код којих би примена уобичајеног начина испитивања у кривичном поступку довела у опасност живот, тело, здравље, слободу или имовину већег обима сведока, или њему блиских лица. Овај вид уобичајено се назива *заштитом сведока од застрашивања*.

Заштита сведоку се може пружити мерама процесног и ванпроцесног карактера. Отуда подела на *процесну* и *ванпроцесну* заштиту сведока.¹⁴ Процесна заштита сведоцима се пружа у току кривичног поступка, углавном путем модификације извођења кривичнопроцесних радњи (сведочење путем видео линка, сведочење прикривањем идентитета, итд.) Овим мерама се одступа од начела непосредности и јавности, а процесна заштита уређена је одредбама ЗКП. Ванпроцесна заштита уређена је одредбама Закона о програму заштите учесника у поступку.¹⁵ Ова заштита назива се још и физичко – техничка заштита,¹⁶ коју пружа полиција, мерама обухваћеним „програмом заштите учесника у поступку“. Она подразумева неке од следећих мера: физичка заштита сведока и њему блиских лица, физичко обезбеђење стана, промена места пребивалишта, промена идентитета сведока итд.

Осим наведених класификација, у теорији се може наћи подела на заштиту сведока у *ужем* и *ширем* смислу.¹⁷ Заштита сведока у ширем смислу обухвата све угрожене сведоке, као и све мере заштите, током њиховог сведочења. Насупрот томе, заштитом у *ужем* смислу сматра се скуп мера, којима се пружа подршка одређеним категоријама „нормално угрожених“¹⁸ сведока (угрожених *per se*), као што су, примера ради, сведоци сарадници. У овај вид заштите убрајају се, заправо, само поменуте мере ванпроцесног карактера, што ову поделу чини непотпуном.

Од могућих класификација заштите сведока у кривичног поступку, вредним спомена сматрамо и поделу према критеријуму врсте кривичног дела. Постоје, наиме, кривична дела, код којих је потребно применити специфичне мере заштите сведока, имајући у виду њихова обележја. У та кривична

14 Момчило Грубач, *op.cit.*, стр. 267.

15 «Сл. гласник РС», бр. 85/2005.

16 Снежана Бркић, Заштита сведока од застрашивања у српском и црногорском праву, Правни живот, бр. 9/2010., стр. 706.

17 Божидар Бановић, Заштита сведока у кривичном поступку, Правни живот, бр. 9/2003., стр. 649.

18 Мирјан Дамашка, Доказно право у казненом поступку – орис нових тенденција, Загреб 2001., стр. 69.

дела, *exempli causa*, могу се сврстати насиље у породици, затим сексуални деликти, трговина људима, ратни злочини као и друга кривична дела.

Посебно осетљиви (рањиви), су они сведоци, који су услед личних својстава, или извршеног кривичног дела, додатно угрожени, те је, приликом њиховог саслушања, потребно узети у обзир њихове потребе за заштитом. У категорију посебно осетљивих сведока убрајају се лица, која су угрожена услед субјективних околности, као што су: узраст (малолетници, деца и стари), здравствено стање (телесно или душевно обољење) и пол (жене). Сврставање у рањиве сведоке врши се, такође, према објективном критеријуму. Посебно осетљиви могу бити сведоци, услед природе, начина извршења, или последица извршења кривичног дела.¹⁹ Посебно се издвајају жртве сексуалних деликата, насиља у породици и трговине људима. Посебна рањивост може да произађе и из потребе сведочења, у поступку против члана породице.²⁰ Нису, међутим сви посебно осетљиви сведоци истовремено и жртве извршења кривичног дела. У ту категорију спадају сведоци, који су услед сопствених личних особина посебно рањиви, као што су нпр. деца, или душевни болесници, без обзира да ли су истовремено и жртве. Исказ наведених категорија сведока има специфична обележја, која треба узети у обзир приликом оцене истог. Деца,²¹ несумњиво, спадају у поменуту категорију. Узраст и развијеност личности су својства, које их убраја у рањиве сведоке. С обзиром да узраст, као лична карактеристика има континуирано трајање, посебна осетљивост сведока се не процењује од случаја до случаја, већ је дете увек рањиви сведок²². Стога је потребно уважити био – психо – социјалне карактеристике детета приликом учешћа у кривичном поступку, у својству сведока.

19 Снежана Бркић, Заштита сведока у кривичном поступку, Нови Сад, 2005., стр. 132.

20 *Ibid.*

21 Имајући у виду да су процесном заштитом, према одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица обухваћена малолетна лица, потребно је направити разлику између појмова деца, малолетници и малолетна лица. Према Конвенцији УН о правима детета, дететом се сматра свако лице, млађе од 18 година, осим уколико национално законодавство не предвиђа стицање пунолетства пре 18 – те године (члан 1.). Закон о малолетницима прави разлику између појма малолетници и малолетна лица. Малолетници су лица старија од 14, а млађа од 18 година, дакле одговорна у кривичноправном смислу. Тај појам обухвата млађе малолетнике, старости од 14 до 16 година, и старије малолетнике, старости од 16 до 18 година. Појмом малолетна лица обухваћена су сва лица, која нису навршила 18 година. У смислу одредаба ЗОМ, то су лица, која су оштећена извршењем кривичног дела.

22 Берислав Павишић, Персонални докази и нови Закон о казненом поступку, зборник радова, Народне новине, Загреб, 2009., стр. 73.

3. Легислативни оквир ванпроцесне заштите сведока

Основна заштита сведока или оштећених, као и посебне мере и начини њиховог испитивања у кривичном поступку, показују се најчешће недо-вољним пред опасностима којима може бити изложен живот, здравље, физички интегритет, слобода или имовина даваоца исказа, или њему блиских лица.

Питање заштите сведока и других учесника чији исказ има важност за доказивање у кривичном поступку добија нарочит значај у данашње време, које пред савремене државе поставља проблем организованог криминалитета, тероризма и кривичних дела против међународног хуманитарног права, односно ратних злочина. Када је у питању организовани криминалитет и тероризам, одлика ових кривичних дела је да се организатори и вође криминалних или терористичких организација не јављају као непосредни учиниоци кривичних дела, па је врло тешко доћи до поузданих материјалних доказа о њиховом деловању. Код кривичних дела против међународног хуманитарног права, од којих су претежно ратни злочини који се извршавају за време рата, ратне окупације, односно оружаних дејстава, веома је тешко прикупити писмене или какве друге материјалне доказе, јер не само што их је након протека времена тешко обезбедити, већ је опште познато да докази у виду различитих наредби, докумената и извештаја, углавном уништавају одмах, или не постоје. Из тих разлога у овим поступцима, изјаве сведока су веома значајне, а некад и једино доказно средство, али због саме природе ових врста кривичних дела, те начина извршења, сведоци се, углавном, плаше за своју и безбедност чланова своје породице, због чега се тешко одлучују да пред судом говоре о ономе што су видели или преживели, а уколико се и одлуче да сведоче, страх је још интензивнији након давања исказа.

Због тога је неопходно успоставити одговарајући механизам, који ће садржати посебне мере за ефикасну заштиту учесника и њима блиских лица и изван кривичног поступка. На успостављање ових механизма ванпроцесне заштите обавезују и међународни документи, а пре свега Конвенција УН против транснационалног криминала,²³ као и Римски статут Међународног кривичног суда.²⁴

23 Закон о потврђивању Конвенције Уједињених Нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола, Службени гласник међународни уговори 6/2001

24 Закон о потврђивању Римског статута међународног кривичног суда, Службени лист СРЈ - међународни уговори, 5/ 2001

У САД, која има дугу традицију пружања ванпроцесне заштите, потреба за установљавањем Програма за заштиту сведока јавила се 1963 године, када је први пут члан италијанско америчке мафије Јосех Валацхи прекинуо неписано правило „Code of silence“ и решио да сведочи о структури мафијашке организације. Чувало га је 200 шерифа САД, а причало се да је његова глава уцењена на 100.000 долара од тада моћног шефа мафије Вита Ђеновезеа.²⁵ Валацхи је био прва особа у САД коме је била понуђена заштита за сведочење и он је до краја свог живота био чуван у затвору. Након овог случаја 1970. године донет је Закон о контроли организованог криминалитета, којим је институционализована заштита сведока, касније разрађена 1973. године у Закону о заштити сведока. Од 1970. године, 89% сведока је успешно заштићено, а више од 10.000 окривљених је осуђено.²⁶ Сматра се, да до сада није забележен ни један случај неуспеле заштите сведока, који се придржавао правила у оквиру програма.²⁷

У Републици Србији, мере заштите сведока први пут су примењене почетком 2001. године, када се увидело да постојећа законска регулатива није у могућности да пружи довољну заштиту сведоцима пред опасностима којима су били изложени због давања исказа у преткривичном поступку. Према тада важећој законској регулативи, мере заштите је одобравао државни тужилац, а директно их је спроводио Одсек за заштиту одређених категорија лица, Одељења за посебне акције, које се тада налазило у оквиру Управе за борбу против организованог криминала. У новембру месецу 2005. године, званично је формирана Јединица за заштиту учесника у кривичном поступку, а истовремено је радна група Министарства правде била ангажована на изради Закона о заштити учесника у кривичном поступку, којим се детаљно регулишу сва питања из ове области.

Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку²⁸ (у даљем тексту: Закон) је ступио на снагу 01.01.2006. године, и њиме се уређују услови и поступак за пружање заштите и помоћи учеснику у кривичном поступку и њима блиских лица. Заштита по овом Закону се примењује само на она лица, чија је лична безбедност или безбедност њихових породица

25 United Nations, Office on Drugs and Crime “good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime”, Viena, January 2008, стр.7

26 Подаци маршалске службе САД <http://www.usmarshals.gov/witsec/index.html>, доступан дана 15. јуна 2013.

27 Примери непридржавања програма су бројни, а навешћемо случај Бренде Паз, бивша чланица организоване криминалне групе, која је сведочила у случају убиства њеног бившег момка, а након два месеца од самовољног напуштања програма пронађена је мртва.

28 Службени Гласник број 85/2005.

изложена опасности због давања исказа у преткривичном (предистражном) и кривичном поступку, а обезбеђује се применом различитих мера предвиђених овим законом.

Значај доношења овог закона и увођење Програма заштите сведока је велики, с обзиром на његов досадашњи утицај у супростављању организованом и транснационалном организованом криминалу и поступцима за ратне злочине, нарочито у домену благовременог обезбеђења доказа. Законом су успостављене гаранције заштите и личне безбедности лица, која сведоче, чиме се доприноси стварању осећаја веће сигурности код грађана да сведоче.

4. Мере ванпроцесне заштите

Програм заштите је скуп мера предвиђених које се примењују с циљем заштите живота, здравља, физичког интегритета, слободе или имовине заштићеног лица. У оквиру Програма заштите примењују се следеће мере: физичка заштита личности и имовине, промена пребивалишта и премаштање у другу заводску установу, прикривање идентитета и података о власништву као и промена идентитета (члан 14.). У току спровођења Програма заштите може се применити једна или више мера с тим што се мера промене идентитета могу применити само када се циљ Програма заштите не може остварити применом других мера односно она је *ultima ratio* мера.

Решење о одређивању врсте мера доноси Јединица за заштиту, а решење о одређивању мере из чл. 14 став 1 тачка 4 овог закона доноси Комисија на предлог Јединице за заштиту. Јединица за заштиту, самостално примењује мере заштите, осим у односу на заштићено лице које је лишено слободе. У том случају, Јединица за заштиту сарађује са Министарством правде у примени мера заштите. Спровођење Програма заштите подразумева примену одговарајућих мера заштите *пре, у току и након* окончања кривичног поступка, према заштићеном лицу а у изузетним околностима, и према лицу, у односу на које је поднет захтев за укључење у Програм заштите.

Заштита се односи на учеснике у кривичном поступку и њима блиска лица која су изложена реалној опасности услед давања исказа или пружања значајних информација. Под учесником у кривичном поступку, подразумева се *осумњичени, окривљени, сведок, сведок сарадник, оштећени, вештак и стручно лице*. Блиско лице је лице које заштићени сведок таквим „означи“. То може бити, свакако лице које је члан уже породице-супружник, дете, родитељ, брат, сестра, односно друго лице, под условом

да је у конкретном случају подобно да се његовим угрожавањем изврши озбиљан притисак на заштићеног сведока. Овакво широко постављање круга блиских људи има за последицу да заштита обухвата и лица су због своје фактичке блискости са учесником у поступку изложена опасности. Сведок сарадник у смислу учесника у кривичном поступку, коме се може пружити заштита, више није предвиђен Законом о кривичном поступку, па је спорно да ли се ванпроцесна заштита сада може пружити лицу које закључи споразум о сведочењу односно окривљеном сараднику.

Законодавац се очигледно трудио да прецизно дефинише све учеснике у кривичном поступку, предвиђајући за њих могућност заштите, међутим, овом одредбом није обухватио све учеснике у кривичним поступцима организованог криминалитета и поступцима за кривична дела против човечности и других добара заштићеним међународним правом. Овде се пре свега мисли на прикривеног иследника, чија је улога у откривању ових кривичних дела и извршиоца веома значајна и чија безбедност може бити угрожена најпре пре, а потом и за време давања изјаве код надлежног суда. Разлози за овакво решење се могу наћи у чињеници да је реч о лицима, која су овлашћена службена лица запослена у МУП Републике Србије, или су припадници обавештајних агенција-БИА или ВБА, па је очекивано да им у случају откривања њиховог идентитета у кривичном поступку заштиту пруже институције којима припадају. Међутим, поставља се питање шта ће се десити са овим лицима у случају да изгубе својство овлашћених службених лица, примара ради, одласком у пензију, или ако су у питању „друга обучена лица“, која имају улогу прикривеног иследника а није овлашћено службено лице“, те како у тим случајевима њима пружити потпуну заштиту. Закон о заштити свејдока Републике Хрватске под угроженом особом сматра сведока и *другу особу*, чије је укључење у Програм заштите оправдано, остављајући тиме простор за пружање заштите свим учесницима у поступку.²⁹

Заштита се пружа учесницима у кривичном поступку када су они или њима блиска лица услед давања исказа или обавештења, значајних за доказивање у кривичном поступку, изложена опасности *по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину*. Опасност може бити двострука. Наиме, каузална веза између датог исказа и опасности може бити последица покушаја да се учесник у поступку спречи да да исказ, примора да да исказ, односно онемогући да дат исказ понови или пак последица „одмазде“ за дат исказ.³⁰

29 Члан 2 Закона о заштити свејдока, Народне новине, 163/2003

30 Роберто Сепи, Ванпроцесна заштита сведока, Организовани криминал, корупција и актуелна питања, Страни правни живот, Институт за упоредно право, 2008 година, стр. 150

Програм заштите спроводи се према учесницима у кривичним поступцима за кривична дела против уставног уређења и безбедности, кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом и кривична дела организованог криминала. Сужавање Програма заштите на учеснике у кривичним поступцима само за ову врсту кривичних дела, доводи до тога да је немогуће применити заштиту сведока у поступцима за остала „тешка“ кривична дела, па и она кривична дела за која је забрањена најтежа казна, која могу имати исти квалитет друштвене опасности и опасности извршиоца. Сведоци у кривичним поступцима за друга кривична дела итекако могу бити угрожени, а потреба њихове заштите веома изражена и неопходна, као на пример у поступцима за кривична дела силовање, тешко убиство, разбојништво и слично.

Овде се чини да су адекватнија законска решења суседних земаља, којима се одређује примена Програма заштите према сведоцима и у кривичним поступцима за кривична дела према критеријуму висине забрањене казне, најмање пет и више година. Према одредбама Хрватског закона, заштита сведока се пружа када се ради о кривичним делима против Републике Хрватске, вредности заштићених међународним правом, организованог криминалитета и дела за која се према закону може изрећи казна затвора од 5 година или тежа казна.³¹ Закон о заштити сведока у Републици Македонији предвиђа ванпроцесну заштиту, када се ради о кривичном делу против државе, против човечности, организованог криминала и кривична дела, за које се може изрећи казна затвора у трајању од 4 године и више. У Црној Гори, програм заштите се, пак, примењује у поступцима који се води због кривичног дела против уставног уређења и безбедности Републике Црне Горе, против човечности и других добара заштићених међународним правом, кривична дела која се врше на организован начин и за која се по закону може изрећи казна затвора у трајању од 10 година или тежа казна.³² Доказни значај исказа је услов, који се односи на вредност датог исказа као доказа у кривичном поступку, па је потребно да је у конкретном случају без тог исказа или обавештења знатно отежано или немогуће доказивање у кривичним поступцима за кривична дела.

5. Физичка заштита личности и имовине

У Програму заштите, мера физичке заштите личности и имовине, састоји се у спречавању противправног угрожавања живота, здравља, физичког

31 Члан 3 Закона о заштити свједока, Народне новине, 163/2003.

32 Члан 5 Закона о заштити свједока, Службени лист Републике ЦГ бр.65/2004 од 25.10.2004.године

интегритета, слободe или имовине заштићеног лица употребом физичко-техничких мера. До њихове примене може да дође у случају угрожавања заштићеног лица, тј. када буде створена апстрактна (могућа), или конкретна опасност (опасност која је наступила) по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину заштићеног лица. Појмове апстрактне и конкретне опасности би требало схватити у кривичноправном смислу. Апстрактна опасност постоји онда када опасност није наступила за неко добро, али је постојала извесна могућност да наступи, то јест апстрактна опасност постоји кад последица није била вероватна али је била могућа,³³ Конкретна опасност постоји када је опасност наступила.

Поступак примене и одабира физичко техничких мера су одређени Законом о полицији.³⁴ Под физичким мерама подразумева се заштита коју припадници Јединице за заштиту обезбеђују, првенствено уз помоћ своје личне опреме, односно ватреног оружја, заштитног прслука, и спреја за одбрану. Основно правило које се приликом избора опреме мора поштовати је да припадници Јединице морају да буду опремљени бар као лица која представљају могућу претњу заштићеном лицу. Техничке мере за заштиту лица и имовине подразумевају коришћење радио станице и мобилног телефона, који раде на заштићеној фреквенцији, опреме за ноћно осматрање, опреме за видео надзор, аларма и сл.³⁵

Мере непосредног физичког обезбеђења лица се, у погледу тактичког поступања, предузимају у објекту становања, приликом кретања лица или боравка у угоститељском објектима. Програм заштите у САД, подразумева, нарочито на путу од места скривања до суднице, озбиљне мере предострожности, које понекад укључују и превоз поштанским колима, хеликоптерима или рибарским чамцима.

Упутство о начину обезбеђивања посебне заштите одређеном сведоку, сведоку сараднику и члановима њихове уже породице, донето 3. октобра 2003. године од стране Министарства унутрашњих послова, предвиђа скуп мера и радњи које је пре установљивања органа за Јединице за заштиту примењивала Управа за обезбеђење и друге организационе јединице, с циљем остваривања личне безбедности одређене личности. Управа за обезбеђење и друге јединице у предузимању мера и радњи, неопходних за заштиту сведока и других лица, обавља све потребне полицијске послове и примењује сва законом утврђена овлашћења, која

33 Љубиша Јовановић, Кривично право-општи део, Београд, 1978 стр. 83.

34 „Сл. гласник РС», бр. 101/2005, 63/2009 - одлука УС, 92/2011 и 64/2015.

35 Горан Илић, М. Мајић, Б. Николић, Коментар закона о програму заштите учесника у кривичном поступку, Београд, 2006, стр.73

подразумевају ограничења слободе кретања и настањивања, обавезу привременог боравка у одређеном месту и на адреси стана, забрану напуштања одређеног места, простора или објекта без одобрења, забрану комуникације са другим лицима, и друга ограничења неопходна за посебну заштиту њихове безбедности. Надлежне организационе јединице за сузбијање криминалитета дужне су да Управи за обезбеђење у сповођењу овог упутства пружају помоћ у складу са одредбама Упутства о начину рада организационих јединица на сузбијању криминалитета и Инструкције о оперативном раду полиције.

6. Промена пребивалишта и премештање у другу заводску установу

У случају да мера физичке заштите лица и имовине буде оцењена, или се покаже као неодговарајућа за ефикасну заштиту живота, здравља, физичког интегритета, слободе или имовине заштићеног лица, постоји могућност одређивања мере промене пребивалишта заштићеног лица. Мера промене пребивалишта састоји се од привременог или трајног пресељења заштићеног лица из места пребивалишта или боравишта у место које одреди Јединица за заштиту.

Јединица за заштиту приликом избора места, у које ће бити пресељено заштићено лице, првенствено се руководи критеријумом сигурности, које то место пружа. Овде треба имати у виду да иако је законодавац предвидео меру промене *пребивалишта*, као места у коме се грађанин настанио са намером да у њему стално живи,³⁶ ова мера се примењује и у односу на боравиште, као места у коме грађанин привремено борави ван свог пребивалишта. Места за пресељење заштићеног лица су углавном претходно одређена у Програму заштите, и она су карактеристична по свом окружењу, које не придаје већу пажњу новопримљеним грађанима. Приликом избора места, треба напоменути да пресељење на другу адресу у истом месту носи, по правилу, већи ризик од пресељења у друго место.³⁷

Мера премештања, у другу заводску установу се састоји од упућивања заштићеног лица, које је лишено слободе, из заводске установе у којој се налази, у заводску установу коју одреди Јединица за заштиту у договору са Министарством правде. Премештање заштићеног лица у другу заводску установу није довољно за заштиту, већ се морају предузети и друге одговарајуће мере, које ће гарантовати сигурност и безбедност заштићеног лица. Запослена лица у поменутом делу затворске установе

36 Члан 4 став 1 Закона о пребивалишту и боравишту грађана («Сл. гласник РС», бр. 87/2011).

37 Горан Илић и други, *op. cit.*, стр.75

морају претходно бити подвргнута детаљним безбедносним проверама. Када је реч о другим лицима смештеним у заводској установи, правило је да она не смеју да имају приступе делу у којем се налази заштићено лице. Мера премештања заштићеног лица у другу затворску установу морала би детаљније да буде уређена подзаконским прописима које доноси Министарство правде односно Управа за извршење заводских санкција.³⁸

7. Прикривање идентитета и података о власништву

Мера прикривања идентитета и података о власништву се састоји од израде и употребе личне исправе, или исправе о власништву заштићеног лица, у којој су привремено измењени изворни подаци. Под појмом исправе схвата се сваки предмет, који је подобан или одређен да служи као доказ какве чињеница, која има значај за правне односе као и рачунарски податак.³⁹ Исправе израђује Јединица за заштиту, а примена мере не може имати за последицу измену изворних података, који се воде у службеним евиденцијама. То су лични подаци грађана, који представљају информације, које се односе на приватност, интегритет личности, лични и породични живот и друга лична права, која су у вези са идентификованим лицем, или лицем које се може идентификовати.⁴⁰ Овде се заправо ради о фалсификовању исправа за које надлежни орган и надлежно лице не одговарају.⁴¹

Лице према којем се примени ова мера, има могућност да слободно користи исправе, у којима су привремено измењени лични подаци, али уз ограничење да приликом закључења правних послова, који могу имати утицај на трећа лица, мора постојати сагласност Јединице за заштиту.

8. Промена идентитета лица

Мера промене идентитета се састоји од потпуне или делимичне измене личних података заштићеног лица. Уз ову меру може бити одређена и промена физичких карактеристика заштићеног лица. Применом мере промена идентитета може утицати на права и обавезе заштићеног лица,

38 *Ibid.* стр.76

39 Члан 112 став 26 Кривичног законика («Sl. glasnik RS», br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014).

40 Члан 3 тачка 2 Закона о заштити података о личности («Сл. гласник РС», бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012).

41 Чланом 24 Закона прописано је да израда и употреба исправа и докумената извршена у складу са овим Законом у циљу примене мера прикривања идентитета и власништва и промене идентитета заштићеног лица не представља кривично дело.

само у мери у којој је то неопходно ради спровођења. Након промене идентитета Јединица за заштиту одобрава и надзире приступ изворним подацима о идентитету заштићеног лица и води рачуна и о свим статусним и другим правима и обавезама, који су у вези са изворним идентитетом заштићеног лица.

Промена идентитета заштићеног лица је *ultima ratio*, тј. крајња мера заштите, која се примењује тек када се другим мерама не може обезбедити ефикасна заштита живота, здравља, физичког интегритета, слободе или имовине заштићеног лица. У пракси наше земље још увек није примењена мера трајне промене идентитета, али и упоредноправна искуства у примени ове мере сведоче о њеном раритету, па је она одобрена у мање у 10 % случајева.

Од потешкоћа која прате примену ове мере најпре ћемо поменути, озбиљне психосоцијалне последице по заштићено лице. Од тог лица се очекује заборави на прошлост и да започне нови живот. Самим тим заштићено лице мора одлучно прекинути са дотадашњим начином живота, односно мора прекинути све контакте са пословним везама, пријатељима и рођацима. Дакле заштићено лице се одваја из постојеће друштвене средине и социјално друштвеног статуса, који је стекло у њој. Ипак, ова мера у одређеним случајевима представља једину адекватну заштиту лицу укљученом у Програм заштите. Уколико би заштићено лице одбило поменути меру, једина алтернативна мера би била дуготрајна изолација из окружења и друштва, што може проузроковати тешке психолошке последице. Иако се Закону не говори изричито о измени личних података и изради нових личних исправа, када је у питању мера промене идентитета, овде не само да долази до промене личних исправа, исправа о власништву, већ и израде других потребних докумената који ће употпуности потрепити нови идентитет.

Поступак издавања тзв. *легендиране* личне исправе или документа, не разликује се од поступка издавања оригиналне личне исправе или документа. Подаци у *легендираној* личној исправи или документу не смеју бити идентични са подацима другог лица. Јединица за заштиту једини орган, која води евиденцију о изворним подацима заштићеног лица, остаје једина спона између новог и старо.⁴²

42 Горан Илић и други, *op. cit.*, стр.85

Уместо закључка

Програм заштите, иако даје ефикасне резултате, са собом носи извесне ризике и проблеме, са којима се суочавају све државе које институционално предвиђају овај облик заштите сведока и других учесника у кривичном поступку. Искуства других земаља, вишегодишњи рад Јединице за заштиту у нашој земљи, као и недостаци законског оквира у сфери заштите сведока, наметнули су одређене проблеме приликом спровођења заштите. Колико државу кошта примена мера заштите за једног сведока службена је тајна. Ипак помињало се да је прве две-три године, по увођењу програма заштите сведока у Србији, за тромесечно обезбеђење једног сведока издвојено око 15.000 евра. То су значајна новчана средства, имајући у виду број сведока и сведока срадника који се у овом тренутку налазе у Програму заштите, па се Јединица за заштиту суочава са финансијским проблемима. У САД, примера ради, сведоцима и њима блиским лицима се програмом заштите сведока обезбеђују, између осталог, средстава за покривање основних животних потреба, у новчаном износу од око 60.000 долара, уз пружање помоће око проналаска новог посла и адаптације.

Спровођење мере упућивања заштићеног лица, које је лишено слободe, из заводске установе у којој се налази у заводску установу коју одреди Јединица за заштиту у договору са Министарством правде, налази у пракси на велике тешкоће. Правилник о начину спровођењу ове мере донео је Министар правде још 7. марта 2006. године. Правилником је предвиђена обавеза Министра правде да формира посебно Одељење за заштићена лица, у оквиру заводске установе, ван састава службе у заводу. Одељење за заштићена лица до данашњих дана није формирано, услед недостатка финансијских средстава због ситуације која већ дуже време влада у заводским установама у Србији. У условима „претрпаности“ затвора, недостатка финансијских средстава, лоших хигијенско- здравствених услови унутар затвора, веома је тешко спроводити ову меру у пракси.

Проблем који постоји не само у нашој пракси, већ у свим системима заштите сведока, је свакако аутентичност сведочења лица, који постају заштићени сведоци у поступцима за сузбијање организованог криминала и ратних злочина, који и сами често припадају криминалном миљеу и учесници су у ратним дешавањима. Наиме, искуства наше земље, која су својствена и богатијим италијанским искуствима, показала су да је већина „покајника“ пристала да сведочи тек пошто је против њих покренут кривични поступак, што довољно говори о њиховој мотивацији за сарадњу са органима гоњења. Информације које су дали су биле значајне, али је велико питање да ли су биле потпуне и аутентичне, односно у којој мери

су „покајници“ и заштићени сведоци инструмент мафије који дозира квалитет и количину информација које ће се саопштити држави.⁴³ Овај проблем са собом повлачи проблем адаптирања сведока „из криминалог миљеа“ на један „просечан“ живот, какав нуди Програм заштите. Искуства Јединице за заштиту у Србији, показала су да је најтеже за ова лица да се прилагоде новом социјалном статусу и „мирном животу“ на какав нису навикли. Већина ових лица под заштитом нема високо, а често и никакво образовање, па проналажење адекватног посла изискује додатно образовање или усавршавање неких вештина које лице поседује.

Искуства САД су да програм заштите сведока даје позитивне резултате, што се може видети из поменутих статистика. Ипак, критичари у САД истичу да се програм бави заштитом криминалаца и да се све чешће нуди лицима који га користе за остављање криминалне прошлости за собом.⁴⁴ Неповерење у процесне мере заштите се код скоро свих лица јавља, нарочито након кривичног поступка, због чињенице да месец дана пре претреса и одбрана зна њихов идентитет, па самим тим се ствара могућност деконспирације идентитета сведока. То, консеквентно, омогућава већи простор за притиске и претње према сведоцима у Програму заштите.

Иако се Србија суочава са великим бројем лица, који су већ у Програму заштите на малој територији, ограниченим капацитетом Јединице за заштиту и оскудним економским средствима, према досадашњим резултатима можемо рећи да је Програм заштите дао веома добре резултате. Чињеница да Јединица за заштиту није забележила ниједан случај „неуспеле“ заштите, осим две ситуације када су сами заштићени сведоци захтевали да напусте програм, већ довољно говори о успешности имплементације предвиђених мера.

43 Божидар Бановић, Заштита сведока у кривичном поступку, Правни живот 9/2003, страна 661-663

44 Више о томе: Милан Шкулић, Један поглед на оштећеног у кривичном поступку за кривична дела организованог криминалитета“, Темида, март 2004, стр. 17-29.

Ivan Ilic,

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Bojana Stankovic,

Faculty of Law, University of Belgrade

LEGISLATIVE FRAMEWORK OF NON-PROCEDURAL WITNESS PROTECTION AND IMPLEMENTATION PROBLEMS

Summary

The basic protection of witnesses or victims, special measures and alternative methods of testifying in criminal proceedings usually prove to be insufficient considering the imminent danger to life, health, physical integrity, freedom or property that witnesses and persons associated with them may be exposed to. Therefore, it is necessary to establish an appropriate mechanism which will contain specific measures for the effective protection of participants and their family members outside criminal proceedings as well.

Nonprocedural protection is regulated by the Act on the Protection Program for Participants in Criminal Proceedings. This protection is provided by the police; it is also referred to as physical-technical protection which implies the specific application of measures envisaged in this Protection Program. It includes some of the following measures: physical protection of witnesses and persons associated with them, physical security of the dwelling place, change of residence, change of witness identity, etc. The Protection Program is a set of measures aimed at protecting the life, health, physical integrity, freedom or property of the protected person. The protection program envisages the following measures: physical protection of persons and property, change of residence and transfer to another prison facility, hiding the witness identity and ownership information, and change of identity. Although it has yielded some positive results, the nonprocedural witness protection program implies some risks and implementation problems, which have been observed in the current practice of the Protection Unit, primarily as a consequence of the lack of legislative framework. Considering the number of witnesses and cooperative witnesses who are currently in the Witness Protection Program, the Protection Unit has been facing considerable financial problems. Yet, the most prominent problem which is present in all witness protection systems (not only in Serbia) is definitely the authenticity of the testimony of protected witnesses in proceedings for combating organized crime and war crimes, given the fact that these persons often belong to the criminal underworld and participate in warfare. Such persons often distrust the protection measures, especially after the pre-trial criminal proceedings; namely, a month before the trial, the defense knows the identity of the protected

witnesses, which may lead to revealing the witnesses' identity. Although Serbia has to stand the burden of catering for a large number of people who are already in the protection program, which is carried out on a small territory, with limited capacity of the Protection Unit and scarce financial resources, we can say that the protection program has given very good results so far.

Keywords: witness, nonprocedural protection, protection program.

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14(082)

342.7(082)

ЗАШТИТА људских и мањинских права у европском правном простору :
тематски зборник радова Правног факултета у Нишу. Књ. 5 / [главни и
одговорни уредник Предраг Димитријевић]. - Ниш : Правни факултет, 2014 (Ниш
: Пунта). - 212 стр. ; 24 cm

Текст ћир. и лат. - Тираж 100. - Стр. [3]: Предговор / Предраг
Димитријевић. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-212-7

а) Људска права - Међународна заштита - Зборници
COBISS.SR-ID 220383244